



KÁTIA DA CONSOLAÇÃO DOS SANTOS VIANA

**A INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS
DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO-
CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado em
Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientadora: Prof. Christine Oliveira Peter
da Silva

BRASÍLIA

2011

KÁTIA DA CONSOLAÇÃO DOS SANTOS VIANA

**A INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS
DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO-
CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado em
Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientadora: Prof. Christine Oliveira Peter
da Silva

BRASÍLIA

2011

KÁTIA DA CONSOLAÇÃO DOS SANTOS VIANA

**A INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS
HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília.

Orientadora: Prof^a. Christine Oliveira Peter da
Silva

Brasília, 12 de maio de 2011.

Banca Examinadora

Prof^a. Christine Oliveira Peter da Silva
Orientadora

Prof.
Examinador

Prof.
Examinador

AGRADECIMENTOS

A Deus, por guiar-me nos estudos e pela acolhida nos momentos difíceis.

À minha orientadora, Christine, pelos ensinamentos e paciência.

Aos meus queridos filhos, Matheus e Giovana, pela compreensão, carinho e amor incondicional.

A minha mãe, Noêmia, pela força que sempre me deu e por crer no meu sucesso continuamente.

À memória de meu pai, Geraldo, pelo legado de virtudes deixado aos filhos como lindas lições de vida a perpetuar entre nós.

RESUMO

Monografia sobre a internalização dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, a partir do estudo de precedentes relativos a recursos extraordinários e *habeas corpus* impetrados junto ao Supremo Tribunal Federal. O objetivo foi identificar qual norma deve prevalecer em caso de antinomias entre o direito interno e o internacional, por meio da análise das teorias sobre as relações entre ambos, bem como das controvérsias acerca da posição hierárquico-normativa desses diplomas internacionais no plano do direito interno, apontando-se a posição da doutrina e da jurisprudência sobre as vertentes legal, supralegal, constitucional e supraconstitucional. O tema posto para reflexão decorreu da mudança de posicionamento da Suprema Corte quanto ao *status* normativo dessas convenções internacionais. Em decisão histórica sobre a prisão do depositário infiel, o Supremo Tribunal Federal passou a considerá-las normas supraleais, situando-se acima das leis, mas submetendo-se à supremacia da Constituição. Embora esses tratados não tenham o condão de revogar as normas constitucionais, eles paralisam a eficácia das normas do direito interno com eles conflitantes. Assim, o trabalho utilizou-se de pesquisa bibliográfica e documental e, a partir do parâmetro utilizado, concluiu que as relações entre direito interno e internacional devem levar em conta a construção de um direito constitucional comum, que permita a flexibilização da soberania, a fim de garantir a efetiva tutela dos direitos humanos numa sociedade cada vez mais globalizada.

Palavras-chave: Tratados internacionais de direitos humanos. Relações entre direito interno e internacional. Depositário infiel. EC nº 45/04. Conflito de normas. Norma supralegal.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 7 |
| 1 A INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO | 10 |
| 1.1 Relações entre direito interno e direito internacional..... | 10 |
| 1.1.1 <i>Teoria dualista.....</i> | 10 |
| 1.1.2 <i>Teoria monista.....</i> | 11 |
| 1.1.3 <i>A opção do ordenamento jurídico pátrio</i> | 14 |
| 1.1.4 <i>Teoria pluralista de Peter Häberle</i> | 16 |
| 1.2 A Constituição brasileira e os tratados internacionais de direitos humanos | 18 |
| 1.2.1 <i>Análise do § 2º do art. 5º da Constituição brasileira.....</i> | 20 |
| 1.2.2 <i>Análise do § 3º do art. 5º da Constituição brasileira.....</i> | 22 |
| 2 ESTUDO DE PRECEDENTES..... | 26 |
| 2.1 RE nº 466.343-1/SP | 26 |
| 2.2 RE nº 349.703-1/RS | 27 |
| 2.3 HC nº 87.585-8/TO | 28 |
| 2.4 Questões envolvidas nos precedentes..... | 29 |
| 2.5 Acórdãos prolatados pelo STF | 31 |
| 3 DISCUSSÃO SOBRE OS ARGUMENTOS DOS MINISTROS DO STF E ANÁLISE CRÍTICA DOS PRECEDENTES | 33 |
| 3.1 Voto do Ministro Cezar Peluso | 33 |
| 3.2 Voto do Ministro Celso de Mello..... | 35 |
| 3.3 Voto do Ministro Gilmar Mendes | 40 |
| 3.4 Voto do Ministro Menezes Direito | 45 |
| 3.5 Votos dos demais Ministros | 47 |
| 3.6 Análise crítica dos precedentes..... | 48 |
| 3.6.1 <i>Tese supraconstitucional.....</i> | 49 |
| 3.6.2 <i>Tese legal.....</i> | 50 |
| 3.6.3 <i>Tese supralegal.....</i> | 510 |
| 3.6.4 <i>Tese constitucional</i> | 53 |
| CONCLUSÃO..... | 57 |
| REFERÊNCIAS | 59 |

INTRODUÇÃO

Desde o final do século XIX, as relações entre os Estados têm se intensificado continuamente, envolvendo, sobretudo, aspectos econômicos, sociais, políticos e culturais, com nuances de uma sociedade cada vez mais globalizada. No desenrolar dessas interações, os Estados-partes celebram diversos tratados internacionais, que, por vezes, entram em colisão com o ordenamento jurídico interno. A respeito desse conflito de leis, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados não define qual norma deve prevalecer. Ademais, nem sempre a Lei Fundamental do Estado traz a solução, a exemplo da Constituição brasileira, ficando a cargo dos tribunais decidir a questão.

Destarte, este trabalho analisa os conflitos entre o direito interno e os diplomas internacionais, mais especificamente os concernentes a direitos humanos, que, ao serem consagrados na Constituição Federal como direitos fundamentais, minimizam possíveis antinomias e garantem maior eficácia interna à proteção que eles requerem.

Para tanto, a realização de pesquisa sobre a forma como as convenções internacionais de direitos humanos adentram a ordem jurídica interna teve como escopo responder à seguinte pergunta de pesquisa: qual o entendimento da doutrina e do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da internalização dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídico-constitucional brasileira?

Dessa forma, a pesquisa em apreço objetivou identificar a estatura dos diplomas internacionais de direitos humanos, mais precisamente, visou analisar a posição hierárquico-normativa dessas convenções internacionais no ordenamento jurídico pátrio, a fim de saber qual norma prevalece em caso de antinomias entre regra constitucional e outra decorrente de tratado internacional de direitos humanos, incluindo-se os que adquiriram equivalência a emenda constitucional, do qual o Brasil seja signatário.

O problema levantado para estudo decorre das históricas decisões do STF, datadas de 3/12/2008, acerca dos Recursos Extraordinários (REs) nº 466.343-1/SP e nº 349.703-1/RS e do *Habeas Corpus* (HC) nº 87.585-8/TO, cuja questão básica suscitada

consiste em saber se ainda subsiste no direito positivo brasileiro a prisão civil do depositário infiel, considerando o que dispõem a Constituição Federal de 1988 (CF/88), o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, assinados pelo Brasil. Nos acórdãos prolatados, o STF abandonou seu clássico posicionamento de paridade entre as convenções de direitos humanos e o direito interno ao adotar a tese supralegal desses diplomas internacionais.

Nesta decisão, o STF entendeu que os tratados internacionais de direitos humanos também poderiam ser considerados normas constitucionais, diante da inovação trazida pela Emenda Constitucional (EC) nº 45/04 – Reforma do Judiciário, à CF/88, de forma a dar equivalência constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo voto de três quintos dos parlamentares de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, em cada uma delas.

Tal alteração constitucional pretendia pôr termo ao acirrado debate acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, havendo correntes que os consideravam norma supraconstitucional, constitucional, supralegal e legal.

O trabalho foi desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica e documental, sobretudo com base em leis, doutrina e jurisprudência, com fundamentação especialmente no direito constitucional e no direito internacional público, notadamente no que tange à abertura constitucional dos Estados, com a consequente flexibilização da soberania, de forma a cooperarem para a formação de uma comunidade de nações que garanta maior proteção aos direitos humanos.

A priori, foi realizada discussão teórico-filosófica sobre a internalização dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio, abordando as relações entre o direito interno e o internacional, bem como a Constituição brasileira e os tratados internacionais de direitos humanos.

Na sequência, passou-se ao estudo de precedentes acerca dos referidos recursos extraordinários e do *writ*, sistematizando e identificando as questões em debate, além de se ter apresentado a respectiva decisão do STF. A escolha desses precedentes decorreu das

possíveis contribuições que o tema propiciará para reflexões jurídicas nos planos dogmático, sócio-jurídico e filosófico-jurídico.

Ademais, foram expostos os argumentos dos ministros do STF para a construção dessa emblemática decisão, além de análise crítica desses precedentes, apontando-se suas possíveis repercussões para o direito interno, tendo como parâmetro a fundamentação doutrinária e jurisprudencial apresentada neste estudo.

O trabalho contribui para a discussão das questões postas em debate, sem a pretensão de exauri-las, em face da sua complexidade e interdisciplinariedade. Estudos futuros poderão valer-se dos resultados deste trabalho para reavaliar o tema. Assim, a pesquisa poderá ser útil à comunidade jurídica e acadêmica que estuda o fenômeno, para, se for o caso, buscar novas soluções para o problema levantado.

1 A INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO

As controvérsias acerca das relações entre o direito interno e o internacional parecem insuperáveis. Nesse contexto, pretende-se, nesta seção, focar tais relações, tomando-se como fundamento as teorias a elas concernentes, assim como a Lei Maior brasileira, especialmente por meio da análise do art. 5º, §§ 2º e 3º.

1.1 Relações entre direito interno e direito internacional

No que concerne às relações entre direito interno e internacional, historicamente os autores se dividiam entre as teorias monista e dualista. A opção por uma delas constituiria a base para a solução de conflitos entre um tratado internacional e uma norma de direito interno. Neste item, serão, pois, abordadas essas correntes doutrinárias e avaliado o caso brasileiro em face delas. Além disso, será estudada a teoria pluralista proposta por Peter Häberle para a solução de conflitos.

1.1.1 Teoria dualista

A teoria dualista – que admite a coexistência entre a ordem jurídica nacional de um lado e a internacional de outro, ou entre várias ordens jurídicas - teve seu primeiro estudo sistematizado por Henrich Triepel, em 1899.¹

Os dualistas propugnam que o direito internacional e o direito interno são formados por duas ordens jurídicas diversas e simultaneamente válidas e, por conseguinte, tangentes, mas não secantes, i.e., há uma relação de independência mútua entre elas, inexistindo qualquer área em comum.²

Essas duas ordens jurídicas atuam em esferas distintas, com origens, sujeitos de direito, estruturas e objetos diversos. No que tange aos sujeitos, o direito interno regula a conduta dos indivíduos e o internacional, a dos Estados. Outra diferença diz respeito às fontes: o direito interno resulta da vontade de um Estado, compreendida na Constituição e nas

¹ FRAGA, Mirtô. **O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno**: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 3-10.

² Ibidem, loc. cit.

demais normas vigentes no país. O direito internacional, por sua vez, tem como fonte a vontade coletiva dos Estados, manifestada por meio de tratados e do costume internacional. Por fim, as ordens jurídicas interna e externa diferem quanto às respectivas estruturas: a nacional está baseada em um sistema de subordinação e a internacional, de coordenação. É a comunidade internacional uma sociedade paritária.³

Contudo, a norma internacional poderá ser aplicada à vida interna, desde que incorporada ao direito nacional. Cabe frisar que, ao ratificar um tratado, o Estado assume o compromisso de legislar em conformidade com a norma ora pactuada, sob pena de ser responsabilizado na esfera internacional. Logo, a norma internacional só vale quando for recebida no ordenamento jurídico do Estado pactuante, ou seja, quando transformada em lei interna. A simples ratificação não opera essa transformação. Diante disso, os tratados internacionais não teriam o condão de gerar efeitos automáticos na ordem jurídica do Estado.⁴

Assim, pela concepção dualista, o direito internacional representa um conjunto de regras convalidadas pelos legisladores de um Estado, que passam a integrar o direito interno de cada país. São fontes de produção jurídica igualmente nacionais, uma das quais internalizou a norma internacional. Logo, se houver conflito de normas, não há falar em contrariedade entre o tratado e a norma de direito interno, mas entre duas disposições nacionais.⁵

1.1.2 Teoria monista

Como contraponto do dualismo sustentado por Triepel, surge a teoria monista, cujos defensores consideram haver unidade jurídica entre as normas internacionais e as de direito interno. Neste caso, haveria uma ordem jurídica superior regendo este único ordenamento.⁶

Ademais, para os monistas, os compromissos exteriores assumidos pelo Estado passam a ter aplicação imediata no ordenamento interno do país pactuante, o que

³ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, vol. 1, p. 113-114.

⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo apud PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 89.

⁵ GARCEZ, Jose Maria Rossani. **Curso de direito internacional privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 14.

⁶ BRAUN, Helenice da Aparecida Dambrós. **O Brasil e os direitos humanos: a incorporação dos tratados em questão**. Ijuí/RS: Unijuí, 2001, p. 79.

reflete a sistemática da incorporação automática adotada por alguns países. Isso significa que os compromissos assumidos pelo Estado em âmbito internacional prescindem da edição de novo diploma que materialize internamente tais acordos.⁷

Nos países em que se adota a sistemática da incorporação automática, “o Estado reconhece a plena vigência do direito internacional na ordem interna, mediante uma cláusula geral de recepção automática plena”. Com isso, a ratificação do instrumento internacional é suficiente para que este passe a vigorar imediatamente na ordem jurídica interna e externa.⁸

Contudo, a teoria monista se divide em duas outras correntes: a que defende a preponderância do direito internacional sobre o interno – monismo internacionalista; e a que consigna a prevalência do direito interno sobre o internacional – monismo nacionalista.⁹

O monismo internacionalista, desenvolvido pela Escola de Viena, cujo maior expoente é Hans Kelsen, sustenta que as normas de direito internacional são incompletas e requerem a sua instituição por normas internas; por isso, haveria uma ordem jurídica universal compreendida também por ordens jurídicas nacionais.¹⁰

Tudo isso revela uma ligação do direito internacional com a norma interna, que, por conseguinte, faz emergir uma ordem jurídica universal. Assim, exclui-se a possibilidade do direito nacional e o internacional existirem lado a lado, um independente do outro, sem que sejam coordenados por uma ordem superior.¹¹

Nesse sentido, o direito internacional representa uma ordem jurídica hierarquicamente superior ao direito interno, encontrando-se no ápice da pirâmide de normas. Isso porque seu fundamento de validade repousa sobre o princípio *pacta sunt servanda*,

⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 53.

⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 88.

⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. cit., p. 53.

¹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: M. Fontes, 2009, p. 355-383.

¹¹ Idem. **Princípios do direito internacional**. Tradução de: Ulrich Dressel e Gilmar Antonio Bedin. Ijuí/RS: Unijuí, 2010, p. 489-537.

norma máxima da ordem jurídica mundial, da qual as demais derivam. Se há conflito de normas, a ordem jurídica interna deve ceder em favor da ordem internacional.¹²

Ademais, a esfera territorial, temporal e material de validade das ordens jurídicas nacionais seria determinada pela ordem jurídica internacional, em face do princípio da efetividade do direito internacional, que reconhece a existência de um Estado e torna seu ordenamento jurídico válido.¹³

Por fim, nega-se o princípio da soberania estatal como integrante do próprio conceito de Estado. O Estado seria um órgão de direito superior em contínua evolução, que oferece um pressuposto decisivo para a formação de um ordenamento jurídico mundial centralizado.¹⁴

Já a corrente monista nacionalista, cujas bases filosóficas estão assentadas no sistema de Friedrich Hegel, defende que o Estado é detentor de uma soberania absoluta e irrestrita, de tal forma que não pode estar sujeito a nenhum sistema jurídico que não tenha sido emanado da sua própria vontade.¹⁵ Com isso, o próprio fundamento do direito internacional é a auto-limitação do Estado. O direito internacional seria um direito interno que os Estados aplicam na sua vida internacional.¹⁶

A adoção dos preceitos de direito internacional é faculdade discricionária, porque é a Constituição de cada Estado soberano que determina a competência para celebrar e aplicar os tratados internacionais.¹⁷

¹² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais**: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: J. de Oliveira, 2002, p. 122.

¹³ KELSEN, Hans. **Princípios do direito internacional**. Tradução de: Ulrich Dressel e Gilmar Antonio Bedin. Ijuí/RS: Unijuí, 2010, p. 489-537.

¹⁴ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Tensões entre o direito constitucional e o direito internacional**: uma necessária revisão do conceito de soberania. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/16137920/241789695/name/Tens%C3%B5es+entre+o+Direito+Constitucional+e+o+Direito+InternacionalChristinePeter.doc>> Acesso em: 4 abr. 2011.

¹⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 58.

¹⁶ SILVA, Luciano Nascimento. A Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal e os tratados internacionais: estudo sobre o direito dos tratados e o direito constitucional brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 61, 1 jan. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4785>>. Acesso em: 3 mar. 2011.

¹⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. cit., p. 58.

Ressalte-se, ainda, como argumentos dessa visão monista, a ausência de autoridade supra-estatal, o que leva cada Estado a determinar, livremente, suas obrigações internacionais, sendo, em princípio, juiz único da forma de executá-las; bem como o fundamento puramente constitucional dos órgãos competentes para concluir tratados em nome do Estado, obrigando-o no plano internacional.¹⁸

Rousseau considera que o argumento da ausência de autoridade supra-estatal só teria validade em relação aos tratados, não incidindo sobre as demais fontes do direito internacional público.¹⁹

No que tange aqueloutro argumento, Rousseau o considera contraditório ao direito internacional positivo, porque, sendo as obrigações internacionais fundadas na Constituição nacional, “sua validade se subordinaria à da Constituição que lhes deu origem e tornar-se-ia caduca a cada nova Carta, decorrente de nova ordem constitucional”. Isso não se verifica na prática internacional, porque os tratados continuam a ser observados ainda que haja mudança na ordem interna, dado o princípio da continuidade ou da identidade do Estado. Assim, a opção pela prevalência do direito interno seria um falso monismo, que permitiria o reconhecimento da existência de pluralidade de ordenamentos jurídicos internos.²⁰

1.1.3 A opção do ordenamento jurídico pátrio

Para quem considera que o sistema adotado no Brasil seja o monista, os tratados ingressam no direito interno sem necessidade de lei no sentido formal. Celebrado o tratado, nos termos do art. 84, VIII, da CF/88, o Presidente da República envia ao Congresso Nacional cópia do texto, que, se aprovado, é promulgado na forma de decreto legislativo, cuja função é apenas dar ciência da aprovação do texto apreciado, das reservas eventualmente impostas, das cláusulas facultativas aceitas. O Executivo, por sua vez, ratifica o tratado e, por meio da promulgação, assinala o início de sua vigência e eficácia no País.²¹

¹⁸ FRAGA, Mirtô. **O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno**: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 3-10.

¹⁹ Ibidem, loc. cit.

²⁰ Ibidem, loc. cit.

²¹ SILVA, Luciano Nascimento. A Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal e os tratados internacionais: estudo sobre o direito dos tratados e o direito constitucional brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 61, 1 jan. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4785>>. Acesso em: 3 mar. 2011.

Logo, o decreto legislativo e o decreto presidencial não seriam “lei” no sentido de norma de direito interno, editada segundo a forma e procedimento previstos na Constituição. O tratado ingressa no direito brasileiro com vida própria, com forma própria, por força do compromisso internacional celebrado pelo Brasil, sendo o decreto presidencial a via pela qual se dá publicidade ao seu conteúdo e se fixa o início de sua vigência no território nacional.²²

Para quem consigna que o direito brasileiro adota a teoria dualista, propugna-se que o legislador constituinte não se contentou com a simples ratificação. Os tratados internacionais são celebrados pelo Presidente da República, consoante a prerrogativa insculpida no art. 84, VIII, da CF/88; após, são submetidos à apreciação do Congresso Nacional para que tenham validade no ordenamento jurídico interno - art. 49, I, da CF/88. Promulgada tal decisão, via decreto legislativo, o Presidente da República edita o tratado, via decreto, para conferir-lhe execução e cumprimento no âmbito interno.²³

A discussão, contudo, deve incluir, além dos dispositivos constitucionais supracitados, a questão da aplicabilidade dos tratados internacionais, notadamente os concernentes aos tratados relativos aos direitos humanos. Cabendo, por assim dizer, uma análise dos arts. 4º, II, e 5º, § 1º a § 3º, da CF/88.²⁴

Já houve decisão do STF a favor da teoria dualista, conforme acórdão na Carta Rogatória nº 8279 (RTJ, vol. 174, p. 463), em que foi analisada a questão do Protocolo de Medidas Cautelares (Ouro Preto/MG) adotado pelo Mercosul em 1994. Por decisão unânime, negou-se provimento ao recurso de agravo interposto contra decisão que não concedeu *exequatur* à carta rogatória expedida pela Justiça Federal da República Argentina, que visava possibilitar a efetivação de atos de caráter executório em território brasileiro.²⁵

Alegaram os ministros do STF que não haviam sido concluídos os procedimentos necessários para a incorporação do tratado internacional ao direito interno

²² SILVA, Luciano Nascimento. A Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal e os tratados internacionais: estudo sobre o direito dos tratados e o direito constitucional brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 61, 1 jan. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4785>>. Acesso em: 3 mar. 2011.

²³ BRAUN, Helenice da Aparecida Dambrós. **O Brasil e os direitos humanos: a incorporação dos tratados em questão**. Ijuí/RS: Unijuí, 2001, p. 86.

²⁴ SILVA, Luciano Nascimento. Op. cit.

²⁵ GARCEZ, Jose Maria Rossani. **Curso de direito internacional privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 14.

brasileiro, cujo sistema constitucional não consagrava o princípio do efetivo direito e nem o postulado da aplicabilidade imediata dos acordos internacionais, mesmo em se tratando de atos internacionais celebrados pelo Brasil no âmbito do Mercosul.²⁶

Ressalte-se que os debates travados no passado sobre as teorias monista e dualista deixaram de ter relevância, sobretudo por conta da dinâmica que envolve as relações entre Estados desde o século passado, sendo hoje o direito internacional parte do direito interno. Deve-se questionar sobre a imperatividade das normas internacionais e a efetividade dos tratados internacionais na ordem jurídica interna. Assim, importa discutir sobre as formas de internalização das normas internacionais no ordenamento jurídico dos Estados, o que esbarra em aspectos relacionados à soberania nacional.²⁷

O debate hoje gira em torno do exame da Constituição de cada Estado, que determinará as regras de incorporação dos tratados internacionais ao direito interno, verificando-se a sua constitucionalidade e regularidade com a ordem interna. Ademais, é preciso analisar a compatibilidade da própria Constituição com as normas cogentes de direito internacional, de aplicação geral e obediência compulsória, por expressarem valores permanentes da comunidade internacional, sobretudo os relacionados aos direitos humanos, que prevalecem sobre eventuais valores de comunidades nacionais com eles contrastantes.²⁸

1.1.4 Teoria pluralista de Peter Häberle

Importa refletir sobre a teoria pluralista do jurista e filósofo Peter Häberle, que constitui o ponto de partida para a realização do novo Estado Constitucional deste século – o Estado Constitucional Cooperativo, como contraponto à visão monista de Hans Kelsen, que servirá de parâmetro para a análise crítica da decisão do STF aos Recursos Extraordinários nºs 466.343-1 e 349.703-1 e ao *Habeas Corpus* nº 87.585-8.

²⁶ GARCEZ, Jose Maria Rossani. **Curso de direito internacional privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 14.

²⁷ ARIOSI, Mariângela F. As relações entre o direito Internacional e o direito interno. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 498, 17 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5940>>. Acesso em: 6 mar. 11.

²⁸ SILVA, Luciano Nascimento. A Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal e os tratados internacionais: estudo sobre o direito dos tratados e o direito constitucional brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 61, 1 jan. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4785>>. Acesso em: 3 mar. 2011.

Cabe perquirir sobre o que deve prevalecer diante de tensões entre direito internacional e constitucional, no contexto do Estado Constitucional, o que necessariamente perpassa pelos pressupostos do “Estado Nacional Soberano”, conceito cada vez mais frágil. Como destaca Giacomo Marramao, “não há mais espaço, na filosofia contemporânea, para a sustentação da soberania dos Estados, evidenciando-se a passagem da modernidade-nação para a modernidade-mundo”, o que decorre de uma intensa e inafastável relação entre globalização e cultura.²⁹

Os principais motivos para se conceber o Estado Constitucional Cooperativo foram o aspecto sociológico-econômico e o ideal-moral. A interdependência econômica dos Estados constitucionais é de suma importância para o Estado sugerido, assim como o papel dos direitos humanos e fundamentais, cujo reconhecimento ainda depende de muito esforço, porque até então não existe uma sociedade aberta no plano universal.³⁰

Consoante essa teoria, o Estado Constitucional Cooperativo estaria inserido em uma comunidade universal de Estados constitucionais em que estes existem como referência para outros Estados e não voltados para si mesmos. Esse fenômeno encontra-se na base da construção de um direito constitucional comum, sobretudo por influência da globalização, e o que irá viabilizá-lo será a garantia de princípios gerais, notadamente, os concernentes aos direitos humanos universais.³¹

Não obstante as diferenças tipológicas dos Estados e a diversidade cultural entre eles, o Estado Constitucional Cooperativo é um projeto universal em que todos estão submetidos a uma ordem comunitária, sob a perspectiva dos blocos e comunidades transnacionais, especialmente no que concerne aos direitos humanos, cuja proteção tem de ser dever de todos e de cada um dos Estados.³²

²⁹ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Tensões entre o direito constitucional e o direito internacional**: uma necessária revisão do conceito de soberania. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/16137920/241789695/name/Tens%C3%B5es+entre+o+Direito+Constitucional+e+o+Direito+InternacionalChristinePeter.doc>> Acesso em: 4 abr. 2011.

³⁰ Idem. **Estado constitucional cooperativo**: o futuro do Estado e da interpretação constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Christine_rev72.htm>. Acesso em: 4 abr. 11.

³¹ HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Tradução de: Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 8-12, 18-20.

³² Ibidem, p. 8-70.

Para a consagração da cooperação entre os Estados, seriam necessários procedimentos de concretização das democracias, a independência da jurisdição e os mecanismos de proteção interna e externa dos direitos humanos. Diante disso, a cooperação permitiria a preservação das características dos Estados constitucionais, mas com vocação crescente para o intercâmbio no plano internacional. A soberania dos Estados, cujo conceito dos tempos remotos vem sendo completamente reformulado, seria então influenciada pela ordem internacional, para que eles passem a ser cooperativos.³³

Assim, propõe-se a substituição do conceito de soberania popular e soberania estatal pela ideia de soberania constitucional. A ordem internacional influencia diretamente a soberania do Estado nacional, que, por conseguinte, deixa de ser soberano, nos moldes clássicos, para ser cooperativo.³⁴

Para exemplificar o desenvolvimento desse fenômeno, cita-se o papel do Tribunal Europeu na restrição da soberania nacional. Hoje, a Lei Fundamental seria uma “porção da Constituição” no contexto da União Europeia, ficando garantida, contudo, a identidade nacional dentro do “encaixe de porções de constituições europeias”.³⁵

1.2 A Constituição brasileira e os tratados internacionais de direitos humanos

A proteção internacional dos direitos humanos foi conquistada a partir de intensas lutas ao longo da história da humanidade. Em sua obra, John Locke já consignava que as regras de direitos humanos são anteriores ao Estado, pressupostos da sua existência e condicionante de sua atividade, destinada à preservação e promoção dos direitos inatos dos seres humanos, servindo de limite ao poder estatal.³⁶

Contudo, somente após a Segunda Guerra Mundial, sobretudo diante das atrocidades cometidas durante o Nazismo, a comunidade internacional iniciou um esboço de

³³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfAgenda_pt_br/anexo/Homenagem_a_Peter_Haberle_Pronunciamento_3_1.pdf>. Acesso em: 28 mar. 11.

³⁴ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Tensões entre o direito constitucional e o direito internacional: uma necessária revisão do conceito de soberania.** Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/16137920/241789695/name/Tens%C3%B5es+entre+o+Direito+Constitucional+e+o+Direito+InternacionalChristinePeter.doc>>. Acesso em: 4 abr. 2011.

³⁵ Ibidem.

³⁶ WEIS, Carlos. **Os direitos humanos contemporâneos.** São Paulo: Malheiros, 1999, p. 27.

um cenário mundial de proteção dos direitos humanos, que se consolidou com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 10/12/1948.³⁷

Com o amadurecimento evolutivo desse processo, tais direitos transcenderam os interesses exclusivos dos Estados para garantir, internamente, os interesses dos seres humanos protegidos. Por conseguinte, os indivíduos foram erigidos à posição central de sujeitos de direito internacional.³⁸

Destarte, os tratados internacionais de direitos humanos, além de afirmarem a personalidade internacional do indivíduo e conceber tais direitos como universais, passaram a acarretar aos Estados contratantes obrigações e responsabilidades no que tange às pessoas sujeitas à sua jurisdição, com reflexos no plano internacional. Esses direitos, então, são objeto de tutela e de fiscalização por instituições internacionais em cada território pactuante e a sua violação leva à flexibilização do princípio da soberania, antes tido como absoluto.³⁹

Sob o prisma da reconstrução dos direitos humanos no Pós-Guerra, emergiu o Direito Internacional dos Direitos Humanos, assim como uma nova feição do Direito Constitucional ocidental, que passou a adotar “textos constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque para o valor da dignidade humana”.⁴⁰

Considerando-se essa linha do constitucionalismo contemporâneo e a necessidade de se dar uma resposta aos enormes abusos e violações a tais direitos no período de exceção democrática, o Brasil adotou a proteção aos direitos humanos a partir da CF/88. Assim, incluiu no texto constitucional, como princípios fundamentais, a prevalência dos direitos humanos – art. 4º, II, e a dignidade da pessoa humana – art. 1º, III, que se desdobra nos direitos e garantias fundamentais previstos no art. 5º⁴¹, incluindo-se os celebrados por meio de tratados internacionais de direitos humanos – art. 5º, § 2º, objeto de análise mais adiante.

³⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 6.

³⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e sua incorporação no ordenamento brasileiro. **Doutrina Adcoas**, v. 5, n. 3, p. 88-106, mar. 2002.

³⁹ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 6.

⁴⁰ Ibidem, p. 28-29.

⁴¹ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 252.

Ressalte-se que os novos princípios instituídos na CF/88 conferem suporte axiológico a todo o sistema normativo brasileiro e devem ser sempre levados em conta quando se trata de interpretar quaisquer normas do direito interno.⁴²

Outrossim, para dar maior eficácia às normas da Declaração Universal de 1948, os Estados têm firmado vários tratados, a exemplo da Convenção Americana dos Direitos Humanos e dos Pactos de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a que o Brasil aderiu em 1992, após minucioso estudo do então Consultor Jurídico do Itamaraty Antônio Augusto Cançado Trindade.⁴³

1.2.1 Análise do § 2º do art. 5º da Constituição brasileira

Estabelece o § 2º do art. 5º que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.⁴⁴

A priori, cabe destacar que a redação do § 2º do art. 5º foi sugerida por Cançado Trindade à Assembleia Nacional Constituinte para que a nova Constituição desse aos tratados internacionais de direitos humanos *status* constitucional, assim como os direitos e garantias nela consagrados.⁴⁵ No texto final adotado, porém, acatou-se apenas parte da redação sugerida, deixando-se de prever expressamente a equiparação desses tratados às emendas constitucionais. Isso gerou acaloradas discussões sobre o *status* das normas de direito fundamental internacional.⁴⁶

A redação do dispositivo foi inspirada no art. 16, nº 1, da Constituição de Portugal, que assim dispõe: “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito

⁴² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e sua incorporação no ordenamento brasileiro. **Doutrina Adcoas**, v. 5, n. 3, p. 88-106, mar. 2002.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 31 ago. 2010.

⁴⁵ Anexo 1: Exposição e Debates na Assembléia Nacional Constituinte (Excertos da Audiência Pública da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, de 29 de abril de 1987). In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997)**: as primeiras cinco décadas. 2. ed. Brasília: UnB, 2000, p. 169-182.

⁴⁶ ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 221.

internacional”.⁴⁷ Da análise desse dispositivo, verifica-se que “o programa normativo-constitucional não pode reduzir-se, de forma positivística, ao ‘texto’ da Constituição”.⁴⁸

O dispositivo constitucional português traz uma cláusula aberta dos direitos fundamentais, uma noção material desses direitos, derivada da própria ideia de dignidade da pessoa humana, cuja realização está para além de qualquer catálogo fixo. Logo, os direitos fundamentais não são apenas os que as normas formalmente constitucionais enunciem.⁴⁹

Com isso, o art. 5º, § 2º, da CF/88, estaria a conferir aos tratados internacionais o caráter de normas constitucionais, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previstos na Carta Magna, ainda que tais direitos sejam enunciados naqueles diplomas internacionais. Assim, esse dispositivo seria cláusula aberta e, por conseguinte, os direitos consagrados no art. 5º não seriam um rol taxativo. Vale frisar que:

Ao estabelecer diretrizes e linhas básicas, a Constituição não detém uma pretensão de completude. A incompletude da Constituição aponta à sua abertura, o que permite a flexibilidade necessária ao contínuo desenvolvimento político. Sob essa ótica, a Constituição pode ser definida, para adotar a expressão de Konrad Hesse, como ordem jurídica fundamental e aberta da comunidade.⁵⁰

Esse tratamento jurídico diferenciado justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial. Enquanto as convenções internacionais comuns buscam o equilíbrio e a reciprocidade entre os Estados pactuantes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos, pois objetivam proteger os direitos do ser humano e não as prerrogativas dos Estados.⁵¹

Apesar de terem hierarquia constitucional, os tratados internacionais de direitos humanos não se incorporam ao texto constitucional. Para isso, eles deveriam passar por um processo de emenda à Constituição. Portanto, tais convenções simplesmente

⁴⁷ ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA.pt. Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art16>>. Acesso em: 02 set. 2010.

⁴⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 982.

⁴⁹ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição portuguesa anotada**. Coimbra Editora, 2005, p. 138.

⁵⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 55.

⁵¹ Ibidem, p. 52.

complementam o rol dos direitos e garantias fundamentais protegidos pela Carta Política, ampliando o núcleo mínimo de direitos e garantias consagrados.⁵²

1.2.2 Análise do § 3º do art. 5º da Constituição brasileira

Com o fim de pôr termo às discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio, foi inserido, por meio da EC nº 45/04, o § 3º ao art. 5º da CF/88⁵³, que assim dispõe: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.⁵⁴

Todavia, a alteração trouxe mais problemas concernentes à exegese, eficácia e aplicabilidade daqueles tratados no direito interno brasileiro.⁵⁵ Diante disso, entende-se que só serão constitucionais os tratados aprovados sob as regras do § 3º, porque o novo dispositivo não menciona os compromissos assumidos antes da entrada em vigor da EC nº 45/04. Para ter hierarquia constitucional, esses tratados deveriam ser novamente submetidos ao Congresso Nacional, a fim de atender à regra do § 3º. Haveria então direitos fundamentais de dois níveis diferentes: constitucionais e legais.⁵⁶

Contudo, isso romperia com a harmonia do sistema de integração daqueles tratados, porque criaria categorias jurídicas distintas entre os próprios instrumentos internacionais de direitos humanos, não obstante terem estes o mesmo fundamento de validade. A inclusão do § 3º ao art. 5º, portanto, restaria despicienda.⁵⁷

Vale frisar que o novo dispositivo constitucional reforça a tese de que os direitos humanos são materialmente constitucionais. Assim, os direitos humanos decorrentes de tratados internacionais aprovados sob tais regras já seriam materialmente constitucionais,

⁵² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos e cidadania: à luz do novo direito internacional**. Campinas: Minelli, 2002, p. 77.

⁵³ Apud TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCON, Pietro de Jesús Lora (Coord.). **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005, p. 71.

⁵⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 31 ago. 2010.

⁵⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. **Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência**, v. 32, n. 98, p. 303-331, jun. 2005.

⁵⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 101.

⁵⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. cit., p. 303-331.

dada a sua natureza jurídica. Além disso, seriam formalmente constitucionais, porque estariam positivados constitucionalmente. Com relação aos aprovados sem atender às regras do § 3º do art. 5º, seriam eles também materialmente constitucionais. Assim também o são os aprovados antes da EC nº 45/04, ou seja, com base no § 2º do art. 5º, com fundamento no princípio da interpretação conforme a Constituição, em face dos seguintes argumentos:

a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica; d) a teoria geral da recepção do Direito brasileiro.⁵⁸

Prescreve o § 2º do art. 5º a abertura do rol de direitos e garantias fundamentais para outros direitos, decorrentes, inclusive, de tratados internacionais de que o Brasil venha a ratificar, tal como a Emenda IX da Constituição Norte-Americana, na qual se lê: “A especificação de certos direitos pela Constituição não significa que fiquem excluídos ou desprezados outros direitos até agora possuídos pelo povo”. Diante disso, o § 3º do art. 5º não elidiu o significado e relevância do § 2º.⁵⁹

Cabe destacar a diferença entre direitos humanos com “*status* de norma constitucional” e “equivalentes a emendas constitucionais” – expressão do § 3º do art. 5º:

Falar que um tratado tem “*status* de norma constitucional” é dizer que ele integra o bloco de constitucionalidade material (e não formal) da nossa Carta Magna, o que é menos amplo que dizer que ele é “equivalente a uma emenda constitucional”, o que significa que esse mesmo tratado já integra formalmente (além de materialmente) o texto constitucional. Dessarte, opera-se a imediata reforma do texto constitucional conflitante, o que não ocorre pela sistemática do § 2º do art. 5º, pelo qual os direitos humanos têm “*status* de norma constitucional”, sem, contudo, serem “equivalentes às emendas constitucionais”.⁶⁰

Contudo, os tratados aprovados sob a égide do § 3º só serão equivalentes às emendas constitucionais se, após, forem ratificados pelo Presidente da República ou se

⁵⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 73, 78.

⁵⁹ ZISMAN, Célia Rosenthal. Os direitos fundamentais e os direitos humanos: a fundamentalidade formal e a fundamentalidade material. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, a. 17, n. 67, p. 32-51, abr./jun. 2009.

⁶⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Reforma do Judiciário e direitos humanos. **Tribuna do Direito**, São Paulo, ano 12, n. 142, fev. 2005.

preencherem outros requisitos, como no caso dos tratados condicionais ou a termo, em que se exige um número mínimo de ratificações para a entrada em vigor em âmbito internacional. Logo, é preciso aguardar a ratificação e a entrada em vigor do tratado para que, no direito interno, ele seja considerado emenda constitucional.⁶¹

Ressalte-se que a sistemática adotada pela CF/88 reflete a tendência de Constituições latino-americanas em conceberem os tratados de direitos humanos como normas de natureza jurídica privilegiada. Assim, atribuem-lhe *status* constitucional as Constituições da Argentina, Venezuela, Peru e Nicarágua; e estatura especial as da Guatemala e Colômbia, com primazia sobre as leis ordinárias e as demais normas do direito interno.⁶²

A respeito da força jurídica dos direitos fundamentais decorrentes de tratados internacionais, ressalte-se que, ao se aderir à tese da paridade com os demais direitos fundamentais, tais convenções também devem sujeitar-se às cláusulas pétreas.⁶³

Nesse ínterim, é preciso estar atento aos problemas advindos da inclusão de direitos fundamentais extraídos desses tratados no rol dos limites materiais à reforma constitucional. Isso porque causa espécie alterar norma de tratado internacional via emenda constitucional. Nessa senda, o poder de reforma recairá sobre a Constituição formal, salvo se incluir no texto constitucional algo que nele não estava ainda contemplado expressamente e que com ele guarde a devida sintonia, ou seja, não o contrarie.⁶⁴

Os direitos decorrentes desses tratados não poderiam ser abolidos por emenda que pretenda suprimi-los, nos termos do art. 60, § 4º, IV da CF/88. Isso porque o *status* é retirado tanto de sua natureza internacional quanto da matéria regulada, qual seja os direitos fundamentais.⁶⁵

No que concerne à possibilidade de denúncia, o problema se reveste de maior complexidade. No campo do direito internacional há certo ceticismo em se afirmar que

⁶¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. **Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência**, v. 32, n. 98, p. 303-331, jun. 2005.

⁶² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 84-85.

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 133-143.

⁶⁴ Ibidem, loc. cit.

⁶⁵ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados internacionais de direitos humanos e Constituição brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 303-307.

um Estado possuiria poderes tão amplos para denunciar tais tratados, sobretudo ao se considerar que eles se incorporam como patrimônio jurídico do indivíduo e das coletividades. Tal posicionamento se justifica na medida em que governos antidemocráticos ou descumpridores desses direitos poderiam se utilizar da denúncia como instrumento e pretexto para violá-los.⁶⁶

Quanto ao direito constitucional, a denúncia teria efeitos de emenda supressiva. Por isso, além da manifestação do Chefe do Executivo, que tem competência exclusiva, o Congresso Nacional também deveria se pronunciar nos processos de denúncia. Esse procedimento é adotado na Espanha, Suécia, Holanda, Argentina e Paraguai. Dado, porém, que a denúncia só atingiria formalmente tais tratados, por serem os direitos neles consignados materialmente constitucionais, seria ela ineficaz neste caso.⁶⁷

Se o tratado tiver *status* de norma constitucional, com a denúncia, o Brasil deixa de ter responsabilidade em responder pelo seu descumprimento no âmbito internacional. Entrementes, no direito interno nada muda, porque os direitos já se encontram petrificados no ordenamento jurídico brasileiro.⁶⁸

No que concerne às convenções incorporadas ao direito interno por emenda constitucional, o Brasil não poderia mais desengajar-se seja no plano interno ou no internacional e, neste caso, seria o Presidente da República responsabilizado se o denunciasse. Por isso, seriam insuscetíveis de denúncia os tratados de direitos humanos com *status* constitucional ou equivalentes a emendas constitucionais.⁶⁹

Essa questão vem sendo discutida perante o STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1625, em que se discute a inconstitucionalidade da denúncia unilateral da Convenção nº 158 da OIT.⁷⁰

⁶⁶ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados internacionais de direitos humanos e Constituição brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 303-307.

⁶⁷ Ibidem, loc. cit.

⁶⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. **Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência**, v. 32, n. 98, p. 303-331, jun. 2005.

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Ementa [...]. ADI 1625/DF. Plenário. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura – CONTAG e outro. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Maurício Corrêa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1625&processo=1625>>. Acesso em: 28 out. 2010.

2 ESTUDO DE PRECEDENTES

Ao julgar os REs nº 466.343-1 e nº 349.703-1 e o HC nº 87.585-8, sobre a possibilidade de prisão civil do depositário infiel e do alienante fiduciário, o STF mudou seu clássico posicionamento de paridade entre os tratados internacionais de direitos humanos e as leis. O novo entendimento da Suprema Corte é de que tais convenções seriam normas supraleais, situando-se acima das leis, mas submetendo-se à supremacia constitucional.

Pela amplitude e polêmica que o tema envolve, a discussão abarcou aqueles três processos, porém foi o *writ* que deu azo à atual tese do STF sobre a posição hierárquico-normativa daqueles tratados. Isso porque os recursos também envolviam a controvérsia sobre a possibilidade da equiparação do alienante fiduciário ao depositário infiel.

Assim, para se ter uma ideia clara dos fatos, serão apresentados os recursos e o HC supracitados, com a sistematização objetiva da sequência de acontecimentos dos casos sob análise, o que permitirá estabelecer uma visão panorâmica do que levou aos precedentes, cuja escolha revela-se de grande importância no contexto histórico, político, social e jurídico, sobretudo no cenário nacional.

2.1 RE nº 466.343-1/SP

O Banco Bradesco S/A ajuizou, contra Luciano Cardoso Santos, ação de busca e apreensão do veículo alienado fiduciariamente em garantia do contrato de financiamento celebrado entre as partes, por suposto inadimplemento das prestações pecuniárias. Citado, o réu alegou não mais estar na posse do bem, resultando na conversão daquela ação em ação de depósito. Outra vez citado, e não tendo atendido a decisão do juiz, o réu foi condenado a restituir a coisa ou a entregar o seu equivalente em espécie em 24 horas, mas o juiz não decretou-lhe a prisão, por julgá-la inaplicável.⁷¹

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Ementa [...]. RE 466.343-1/SP. Plenário. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 30 out. 2010.

No julgamento de apelação interposta pelo Banco Bradesco, o juízo *a quo* confirmou a sentença de procedência da ação de depósito, mas deixou de impor cominação de prisão civil ao devedor fiduciante, por considerá-la inconstitucional.⁷² A instituição financeira então recorreu da decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, alegando, nos termos do art. 102, III, “a”, da CF/88, que o acórdão impugnado atentaria contra o art. 5º, LXVII, da CF/88, consoante o aplicava a casos idênticos a jurisprudência dominante do STF.⁷³

No RE, foi proposta a compatibilidade do art. 4º do Decreto-Lei nº 911/69 – que concede ao credor fiduciário ação de depósito fundada no contrato de alienação fiduciária em garantia, quando não encontre ou não se ache o bem na posse do devedor fiduciante – com a norma do art. 153, § 17, da EC 1/69 – que vedava a prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo a do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei – posteriormente inserida no art. 5º, LXVII, da CF/88. Equiparou-se, pois, o alienante fiduciário ao depositário infiel, por força de norma infraconstitucional.⁷⁴

2.2 RE nº 349.703-1/RS

O Banco Itaú S/A ajuizara ação de busca e apreensão perante o Juízo Cível da Comarca de Alegrete/RS em face de Armando Luis Segabinazzi, por suposta mora deste em relação às parcelas atinentes à cédula de crédito comercial e contratos de abertura de crédito fixo, garantidos pela alienação fiduciária de uma semeadeira adubadeira TOD 400, um arado gradeador e duas taipadeiras hidráulicas.⁷⁵

Em face da alegação do réu de que não mais possuía os bens, o autor requereu a conversão do pedido de busca e apreensão em ação de depósito, com base no art. 4º do Decreto-Lei nº 911/69, no valor estimado de vinte e dois mil e cem reais. Na sentença

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Ementa [...]. RE 466.343-1/SP. Plenário. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 30 out. 2010.

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ Idem. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Ementa [...]. RE 349.703-1/RS. Plenário. Recorrente: Banco Itaú S/A. Recorrido: Armando Luiz Segabinazzi. Relator originário: Min. Carlos Britto. Relator para o Acórdão: Min. Gilmar Mendes (Art. 34, IV, b, do RISTF). Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>. Acesso em: 12 nov. 2010.

do juízo originário, que acatou a referida conversão, determinou-se a entrega dos bens ou o depósito dos correspondentes valores em 24 horas, sob pena de prisão de até um ano.⁷⁶

O réu, então, interpôs apelação alegando a falta de amparo constitucional para a prisão civil no caso de descumprimento da sentença, no que foi contestado pelo autor, que invocou precedentes do STF em que se assentou a tese de que o Decreto-Lei nº 911/69 teria sido recepcionado pela CF/88, equiparando-se o devedor infiel ao alienante fiduciário.⁷⁷

O entendimento proferido no acórdão da 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi de que tais equiparações visavam burlar a antiga vedação de prisão por dívidas e que as exceções para a prisão civil contemplavam, tão somente, o devedor de alimentos e o depositário infiel. Desta feita, o Banco Itaú recorreu, simultaneamente, ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ao STF, tendo sido o recurso especial inadmitido.⁷⁸

2.3 HC nº 87.585-8/TO

O HC foi impetrado contra decreto de prisão fundamentado no descumprimento de contrato de depósito típico. Consoante relato nos autos, a sociedade sucedida pela Companhia Nacional de Abastecimento (CONAB), celebrou contrato de depósito com a empresa de Alberto Ribamar Ramos Costa, tendo este assumido solidariamente na ocasião o compromisso de fiel depositário de 2.761.511 kg de arroz em casca natural. Após algumas retiradas, restou um saldo de 2.741.516 kg do produto não restituídos.⁷⁹

Assim, a empresa depositária foi condenada a entregar esse montante ou o seu equivalente em dinheiro, sob pena de ser decretada a prisão civil do seu proprietário e dirigente, nos termos do art. 11, item 1º, do Decreto nº 1.102, de 1903, que assim dispõe:

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Ementa [...]. RE 349.703-1/RS. Plenário. Recorrente: Banco Itaú S/A. Recorrido: Armando Luiz Segabinazzi. Relator originário: Min. Carlos Britto. Relator para o Acórdão: Min. Gilmar Mendes (Art. 34, IV, b, do RISTF). Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>. Acesso em: 12 nov. 2010.

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ Ibidem.

⁷⁹ Idem. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Ementa [...]. HC 87.585-8/TO. Plenário. Paciente: Alberto de Ribamar Ramos Costa. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 30 out. 2010.

Art. 11. As empresas de armazéns gerais, além das responsabilidades estabelecidas nesta Lei, respondem:

1º) pela guarda, conservação e pronta e fiel entrega das mercadorias que tiverem recebido em depósito, sob pena de serem presos os empresários, gerentes, superintendentes ou administradores sempre que não efetuarem a entrega dentro de 24 horas depois que judicialmente requeridas.⁸⁰

Negado provimento ao recurso de apelação pelo juízo *a quo*, foi interposto HC, sem êxito. Seguiu-se recurso ordinário em *habeas corpus* ao STJ, que denegou a ordem, sustentando-se que:

A ausência de prazo para a prisão civil em nada macula a sua decretação, porquanto, diferentemente da prisão criminal, de caráter retributivo e punitivo, trata-se de mero instrumento de coerção para fazer o depositário cumprir com sua obrigação, devendo ser obedecida a regra do art. 902, § 1º, do CPC. O prazo da prisão civil depende da atuação do inadimplente da obrigação e, pois, a falta de sua fixação é mera irregularidade, até porque o máximo de um ano é imposição *ex lege*, operando-se de pleno direito.⁸¹

Na sequência, foi interposto HC junto ao STF, alegando-se que a prisão atentava contra a EC nº 45/04, em face da adesão do Brasil à Convenção Americana de Direitos Humanos e ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que tratam da impossibilidade de prisão civil por falta de obrigação contratual.⁸²

2.4 Questões envolvidas nos precedentes

Dada a interdisciplinariedade envolvida nos recursos e no HC sob análise, serão sistematizados e identificados os principais pontos das questões do caso e dos problemas jurídicos em debate.

Com relação aos recursos sob análise, trata-se de aferir se é cabível a prisão civil do devedor fiduciante, por equiparação, via norma infraconstitucional – qual seja Decreto-Lei nº 911/69 – à prisão do depositário infiel, exceção constitucional disciplinada no art. 5º, LXVII, da CF/88, a fim de compelir o alienante fiduciário ao adimplemento da obrigação. Assim, é preciso avaliar se há afinidade entre posições jurídico-subjetivas de

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Ementa [...]. HC 87.585-8/TO. Plenário. Paciente: Alberto de Ribamar Ramos Costa. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 30 out. 2010.

⁸¹ Ibidem.

⁸² Ibidem.

negócios jurídicos distintos, analisando-se os contratos de depósito e de alienação fiduciária em garantia.

No contrato de depósito, o depositário recebe objeto móvel alheio para guardá-lo até que o depositante o reclame. Esse tipo de depósito também pode ocorrer por imposição legal. Caso o depositário não restitua a coisa quando exigido, será compelido a fazê-lo mediante prisão de até um ano e a ressarcimento dos prejuízos – art. 625 do Código Civil (CC) de 2002.⁸³

Já a alienação fiduciária em garantia, consoante os ensinamentos de Orlando Gomes, “é o negócio jurídico pelo qual o devedor, para garantir o pagamento da dívida, transmite ao credor a propriedade de um bem, retendo-lhe a posse direta, sob a condição resolutiva de saldá-la”.⁸⁴

Assim, para o STJ, tal instituto, criado por ficção jurídica, constitui uma *aberratio legis*: o credor-fiduciário não é proprietário; o devedor-fiduciante não é depositário; o desaparecimento involuntário do bem fiduciado não segue a regra da *res perito domino suo*.⁸⁵

Ademais, importa avaliar se a norma que irá regulamentar o dispositivo constitucional relativo à prisão civil deverá abordar apenas a disciplina da sanção e de sua aplicação ou também o conteúdo das noções jurídicas de depositário infiel ou a extensão do seu âmbito conceitual.

Outra questão aventada diz respeito à possível não-recepção pela CF/88 de parte do Decreto-Lei nº 911/69, que regulamenta a prisão civil do devedor fiduciante. Além disso, cabe perquirir sobre a proporcionalidade da medida, i.e., se a prisão atentaria contra o princípio da razoabilidade, como instrumento de coerção capaz de fazer o depositário cumprir sua obrigação, porque o paciente estaria a responder pela dívida por meio de sua liberdade, estando o direito creditício do fiduciário acima daquela garantia constitucional do fiduciante.

⁸³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil, Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 10 abr. 2011.

⁸⁴ Idem. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Ementa [...]. HC 87.585-8/TO. Plenário. Paciente: Alberto de Ribamar Ramos Costa. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 30 out. 2010.

⁸⁵ Ibidem.

Interessa ainda analisar se o art. 5º, § 2º, da CF/88, já garante estatura constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos ou se apenas as normas internacionais aprovadas sob a égide do § 3º seriam constitucionais, dispositivo este que veio tentar sanar a polêmica instaurada entre juristas e doutrinadores acerca da posição hierárquico-normativa daquelas convenções. É preciso apreciar também a posição hierárquico-normativa dos tratados de direitos humanos aprovados antes da CF/88.

Por conseguinte, devem ser avaliadas as consequências dessa estatura normativa, sobretudo quanto ao controle de constitucionalidade adotado por países regidos pelo princípio da supremacia constitucional.

Feito isso, será preciso examinar a questão da prisão civil do depositário infiel em face das normas internacionais de que o Brasil é signatário, especialmente da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Na solução desse conflito entre o direito interno e o internacional, possivelmente será identificada de que corrente doutrinária o Brasil mais se aproxima, da monista, da dualista ou da pluralista de Häberle.

2.5 Acórdãos prolatados pelo STF

No acórdão prolatado ao RE nº 466.343-1, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, por unanimidade, o STF negou provimento ao recurso, por inconstitucionalidade manifesta do art. 4º do Decreto-Lei nº 911/69, que atribuiu, na ação de depósito, legitimação passiva *ad causum* ao devedor fiduciante, equiparando-o ao depositário infiel e, por conseguinte, submetendo-o à prisão civil por descumprimento inescusável de ordem judicial de entrega da coisa ou do equivalente em dinheiro. Foi sustentado também que o fiduciário pode utilizar-se da ação de depósito não para prender o devedor fiduciante, mas para prosseguir nos autos, na forma prevista no art. 906 do Código de Processo Civil.⁸⁶

A Suprema Corte entendeu que não há mais base legal para a prisão do depositário infiel, ante a adesão do Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica e ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, por conta do caráter especial desses diplomas

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Ementa [...]. RE 466.343-1/SP. Plenário. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 30 out. 2010.

normativos internacionais, assegurando-lhes estatutura supralegal, situando-se acima das leis, mas abaixo da CF. Com isso, restou inaplicável a legislação conflitante, qual seja o art. 1287 do CC/16, o Decreto-Lei nº 911/69 e art. 652 do CC/02.⁸⁷

Já no RE nº 349.703-1, admitido na parte em que se questionava a possibilidade de se aplicar o Decreto-Lei nº 911/69 ao caso sob análise, embora tenha sido reconhecida a validade do contrato celebrado, garantido pela alienação fiduciária dos bens mencionados, negou-se a possibilidade da decretação da prisão civil do réu, sob o fundamento de que a alienação fiduciária não é modalidade típica de depósito. Esse recurso teve como relator originário o Ministro Carlos Britto e como relator do acórdão o Ministro Gilmar Mendes.⁸⁸

No acórdão prolatado no HC, por unanimidade, o STF concluiu pela concessão da liminar, nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio. Considerando a circunstância de o Brasil ter subscrito a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Relator pugnou pela inexistência de balizas visando à eficácia do disposto no art. 5º, LXVII, da CF/88, norma que não se mostra auto-aplicável, sobretudo pela falta de parâmetro quanto ao prazo da custódia. Com isso, restaram derogadas as normas definidoras da prisão do depositário infiel.⁸⁹

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Ementa [...]. RE 466.343-1/SP. Plenário. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 30 out. 2010.

⁸⁸ Idem. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Ementa [...]. RE 349.703-1/RS. Plenário. Recorrente: Banco Itaú S/A. Recorrido: Armando Luiz Segabinazzi. Relator originário: Min. Carlos Britto. Relator para o Acórdão: Min. Gilmar Mendes (Art. 34, IV, b, do RISTF). Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>. Acesso em: 12 nov. 2010.

⁸⁹ Idem. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Ementa [...]. HC 87.585-8/TO. Plenário. Paciente: Alberto de Ribamar Ramos Costa. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 30 out. 2010.

3 DISCUSSÃO SOBRE OS ARGUMENTOS DOS MINISTROS DOS STF E ANÁLISE CRÍTICA DOS PRECEDENTES

Neste capítulo, serão apresentados os argumentos que fizeram parte da construção dessa história decisão da Suprema Corte, destacando-se os votos mais persuasivos para a resolução dos casos, além de análise crítica sobre os precedentes.

3.1 Voto do Ministro Cezar Peluso

Cabe destacar ser impossível dar, por meio de legislação infraconstitucional, interpretação extensiva ao dispositivo constitucional que prevê a prisão civil do depositário infiel para também abarcar o alienante fiduciário.⁹⁰

A *ratio legis* de caráter geral pode estender-se aos casos omissos, mas a de caráter excepcional há de se aplicar somente aos casos que especifica. Ademais, “a garantia dos direitos individuais deve ser interpretada de maneira a ampliar, em benefício da liberdade, os preceitos de entendimento duvidoso”, consoante o princípio *in dubio pro libertate* aplicável à exegese das normas constitucionais, que emana do princípio mesmo da dignidade da pessoa humana, que, como tal, “deve considerar-se um princípio geral no domínio dos direitos fundamentais”.⁹¹

Constitui um contraste aberto com a norma constitucional exceptiva aplicar também ao alienante fiduciário a prisão civil, a fim de compeli-lo ao adimplemento da obrigação. Seria uma afronta à legislação infraconstitucional, que regulamenta os contratos de alienação fiduciária em garantia, mediante ficção, igualar situações, figuras ou institutos, para submeter à violência da exceção constitucional, o que implicaria em corromper elevados

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Ementa [...]. RE 466.343-1/SP. Plenário. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 30 out. 2010.

⁹¹ Ibidem.

princípios, como o de que as exceções não podem abarcar relações nem fatos jurídicos subordinados a outras *rationes iuris*.⁹²

Dessa forma, dilatar o conceito técnico seria o mesmo que destruir a própria garantia constitucional. A legislação que irá regulamentar o dispositivo constitucional relativo à prisão civil do depositário só deverá disciplinar a sanção e sua aplicação e não estender-lhe o âmbito conceitual, atribuindo ao devedor inadimplente da operação de crédito em garantia pela alienação fiduciária as responsabilidades do depositário. Haveria, pois, ilegitimidade na prisão desse devedor, por inconstitucionalidade manifesta.⁹³

A prisão civil só deve ser admitida para os devedores de obrigação alimentar, por se tratar de situação especial em que o descumprimento da obrigação patrimonial acarreta risco de sobrevivência biológica, quiçá até sociológica, dos credores.⁹⁴

Ademais, seria inconcebível retroceder no sentido de abolir o princípio da responsabilidade patrimonial, pelo qual a responsabilidade civil recai sobre o patrimônio e não sobre o corpo ou a pessoa do devedor, o que representou uma conquista histórica do Império Romano. O que se incorporou à Constituição com o fim de reduzir o *quantum* despótico não pode ser restabelecido, a não ser por ato revolucionário.⁹⁵ Ademais:

A temática dos direitos humanos, por dizer respeito aos direitos fundamentais, que têm primazia na Constituição, é sempre *ipso facto* materialmente constitucional. E é possível extrair da conjunção dos §§ 2º e 3º do art. 5º que o que temos aí é, pura e simplesmente, uma distinção entre os tratados sem *status* de emenda constitucional, que são materialmente constitucionais, e os do § 3º, que são material e formalmente constitucionais. Qual a substância da distinção? A de regimes jurídicos. Com qual consequência? Saber os efeitos ou os requisitos do ato de denúncia pelo qual o Estado pode desligar-se dos seus compromissos internacionais. Esta é a única relevância na distinção entre as hipóteses dos §§ 2º e 3º. O Tribunal não deve, com o devido respeito, ter receio de perquirir qual a extensão dos direitos fundamentais, até porque eles são históricos. Ou seja, é preciso que a Corte, no curso da história, diante de fatos concretos, vá descobrindo e revelando os direitos humanos que estejam previstos nos tratados

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Ementa [...]. RE 466.343-1/SP. Plenário. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 30 out. 2010.

⁹³ Ibidem.

⁹⁴ Ibidem.

⁹⁵ Ibidem.

internacionais, enquanto objeto da nossa interpretação e lhe dispense a necessária tutela jurídico-constitucional.⁹⁶

Dessa forma, importa aderir à tese da natureza constitucional dos atos internacionais de direitos humanos, assegurando que tais direitos “já não são propriedade de alguns países, mas constituem valor fundante de toda a humanidade” e que valer-se de coerção na cobrança de dívida é grave ofensa à dignidade humana.⁹⁷

No que concerne à dificuldade do controle de constitucionalidade das convenções internacionais, deve-se examinar caso a caso.⁹⁸

3.2 Voto do Ministro Celso de Mello

É indispensável o respeito e a observância às liberdades públicas impostas ao Estado, em face da necessidade de submeter o Poder Público aos direitos fundamentais da pessoa humana. O valor ético fundamental da pessoa humana é um dado axiológico do qual a liberdade individual não pode prescindir. A emergência de Estados totalitários tem como causa o desrespeito à pessoa humana, “enquanto valor fundante e condicionante da própria ordem político-jurídica do Estado”.⁹⁹

Nesse sentido, as convenções internacionais representam importante instrumento na busca da afirmação, consolidação e expansão dos direitos básicos da pessoa humana, como o de não ser preso por dívidas, tendência do direito comparado. Ademais, a parte do Decreto-Lei nº 911/69, que regulamentou a prisão civil do devedor fiduciante, não deve ser recepcionada pela CF/88, por incompatibilidade material superveniente manifesta.¹⁰⁰

Consoante fragmentos do voto do Ministro Francisco Rezek no HC 74.383/MG, observa-se que o art. 5º, LXVII, da CF/88, não obriga, mas permite ao legislador ordinário disciplinar a prisão do depositário infiel e do alimentante omissos. Assim, o comando

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Ementa [...]. RE 466.343-1/SP. Plenário. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 30 out. 2010.

⁹⁷ Ibidem.

⁹⁸ Ibidem.

⁹⁹ Ibidem.

¹⁰⁰ Ibidem.

do constituinte seria no sentido de possibilitar ao legislador dispor sobre a matéria. Logo, a CF/88 não impõe a prisão civil.¹⁰¹

Com essa autonomia decisória, pode também o legislador optar por disciplinar a exceção constitucional via decreto legislativo oriundo de convenção internacional de direitos humanos, atribuindo-lhe inclusive hierarquia constitucional, conforme a redação dada ao art. 5º pela EC nº 45/04.¹⁰²

O teor do art. 5º, § 2º, suscitou controvérsias quanto ao seu alcance, dado posicionamento de juristas e doutrinadores no sentido de que a aplicação literal do dispositivo ensejaria mudança constitucional, via decreto legislativo, aprovado por maioria simples, o que impediria a norma constitucional de ter validade.¹⁰³

Para superar a polêmica em torno do § 2º, sugeri à Comissão da Reforma do Judiciário da Câmara dos Deputados, quando Presidente do STF, norma que conferisse qualificação jurídico-constitucional aos tratados de direitos humanos. Assim, a EC nº 45/04 viabilizou a reelaboração da visão da Suprema Corte sobre a posição jurídica que tais tratados assumem no plano do ordenamento positivo doméstico.¹⁰⁴

Ademais, e consoante os ensinamentos de Celso Lafer, o § 3º seria uma norma interpretativa, destinada a encerrar as controvérsias sobre o § 2º, ambos referentes ao art. 5º. Consoante a doutrina tradicional, uma lei interpretativa declara o que preexiste, ao clarificar a lei existente.¹⁰⁵ Ainda de acordo com a doutrina de Celso Lafer:

Por força do § 2º do art. 5º, as normas destes tratados são materialmente constitucionais. Integram, como diria Bidart Campos, o bloco de constitucionalidade, ou seja, um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, em consonância com a Constituição de 1988, são materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto da Constituição documental. O bloco de constitucionalidade é, assim, a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados. O bloco de constitucionalidade

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Ementa [...]. RE 466.343-1/SP. Plenário. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 30 out. 2010.

¹⁰² Ibidem.

¹⁰³ Ibidem.

¹⁰⁴ Ibidem.

¹⁰⁵ Ibidem.

imprime vigor à força normativa da Constituição e é por isso parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além de critério de preenchimento de eventuais lacunas. Por essa razão, os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir da vigência da Constituição de 1988 e a entrada em vigor da EC 45/04 não são meras leis ordinárias, pois têm a hierarquia que advém de sua inserção no bloco de constitucionalidade.¹⁰⁶

Quanto aos tratados de direitos humanos anteriores à CF/88, devem ter eles hierarquia das normas constitucionais, por terem sido formalmente recepcionados pelo § 2º do art. 5º. Além disso, a EC nº 45/04 não impôs ressalvas em relação às convenções de direitos humanos outrora aprovadas por maioria simples. Já os aprovados sob as regras do § 3º do art. 5º seriam formal e materialmente constitucionais.¹⁰⁷

Com referência aos convencionados entre a promulgação da CF/88 e a edição da referida emenda, deve incidir o § 2º, “que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de bloco de constitucionalidade”.¹⁰⁸

Os tratados internacionais de direitos humanos têm superioridade jurídica sobre as leis internas e devem também ser qualificados como normas constitucionais. Entrementes, a Constituição irá sobrepor-se a tais tratados se estes importarem em supressão ou redução de garantias individuais, em normas ofensivas e gravosas ao regime das liberdades públicas consagradas na própria Lei Fundamental. Isso porque os direitos e garantias individuais qualificam-se como limitações materiais ao poder reformador do Congresso Nacional.¹⁰⁹

Dado que os tratados internacionais de direitos humanos possuem *status* constitucional, o que é uma tendência no direito comparado (Argentina, Venezuela, Peru e

¹⁰⁶ LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**: Constituição, racismo e relações internacionais. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 16-18.

¹⁰⁷ Ibidem, loc. cit.

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Ementa [...]. RE 466.343-1/SP. Plenário. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 30 out. 2010.

¹⁰⁹ Ibidem.

Nicarágua), sua regulação vincula até o Chefe de Estado, cujos poderes passam a ser restringidos, por conta da preeminência de tais normas.¹¹⁰

Além disso, a Suprema Corte deve revisar seu posicionamento também fundado em uma abordagem hermenêutica com base em premissas axiológicas que prestigiem o valor ético-jurídico da prevalência dos direitos humanos. Assim, a interpretação judicial desempenha importante papel não só na revelação do sentido das normas do ordenamento jurídico, mas especialmente na adequação da Constituição às exigências e transformações decorrentes de evoluções no âmbito social, econômico e político da sociedade contemporânea. No processo concretizador da norma, essa exegese será tanto mais legítima quanto mais se aproximar da realidade, acompanhando tais evoluções.¹¹¹

A esse respeito, o STF assumiu diversas posições ao longo da história acerca das antinomias entre norma de direito interno e internacional. Com efeito, entre as décadas de 1940 e 1950, atribuía superioridade às convenções internacionais em face da legislação doméstica, como no julgamento da Apelação Cível nº 9.587/DF, de 21/8/51, quando assim se manifestou o relator, Ministro Orozimbo Nonato:

Já sustentei, ao proferir voto nos embargos na apelação cível 9.583, de 22 de junho de 1950, que os tratados constituem leis especiais e por isso não ficam sujeitos às leis gerais de cada país, porque, em regra, visam justamente à exclusão dessas mesmas leis. [...] Sem dúvida que o tratado revoga as leis que lhe são anteriores, mas não pode ser revogado pelas leis posteriores, se estas não se referirem expressamente a essa revogação ou se não denunciarem o tratado. A meu ver, por isso, uma simples lei que dispõe sobre o imposto de consumo não tem força para alterar os termos de um tratado internacional.¹¹²

A partir da década de 1970, passou a ser adotada pela Suprema Corte a tese legal, como no remoto julgamento do RE nº 80.004/SE, que teve como relator do acórdão o Ministro Cunha Peixoto, datado de 1/6/77. Naquela ocasião, entendeu-se que a Convenção de

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Ementa [...]. RE 466.343-1/SP. Plenário. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 30 out. 2010.

¹¹¹ Ibidem.

¹¹² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atua. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 707.

Genebra, Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, poderia ser modificada por lei nacional posterior, consoante o princípio supracitado.¹¹³

Nessa mesma linha, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 72.131, em 23/11/95, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, o STF tornou a defender a paridade entre tratados de direitos humanos e norma legal, mas, neste julgado, o foco era a prisão civil do depositário infiel na alienação fiduciária em garantia, quando foi afastada a aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos, conforme transcrito abaixo.

EMENTA: ‘Habeas corpus’. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal, que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. ‘Habeas corpus’ indeferido, cassada a liminar concedida.¹¹⁴

Diversos outros julgados seguiram essa concepção, como no HC nº 73.044, sob a relatoria do Ministro Maurício Corrêa, quando o STF assim decidiu:

EMENTA: ‘Habeas corpus preventivo’. Prisão Civil de Depositário Infiel Decretada em Ação de Depósito de Bem Alienado Fiduciariamente (art. 66 da Lei 4.728/65 e Decreto-Lei nº 911/69): Art. 5º, LXVII, da Constituição e Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Alegação de Prescrição da Pretensão Punitiva.

I – Preliminar. [...]

II – Mérito.

1 – A Constituição proíbe a prisão civil por dívida, mas não a do depositário que se furta à entrega de bem sobre o qual tem a posse imediata, seja o depósito voluntário ou legal (art. 5º, LXVII). 2 – Os arts. 1º (art. 66 da Lei 4.728/65) e 4º do Decreto-Lei nº 911/69, definem o devedor alienante fiduciário como depositário, porque o domínio e a posse direta do bem continuam em poder do proprietário fiduciário ou credor, em face da natureza do contrato. 3 – A prisão de quem foi declarado, por decisão judicial, como depositário infiel é constitucional, seja quanto ao depósito regulamentado no Código Civil como no caso de alienação protegida pela

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Ementa [...]. RE 80.004/SE. Plenário. Recorrente: Belmiro da Silveira Goes. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Relator do Acórdão: Min. Cunha Peixoto. Brasília, 01 de junho de 1977. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 25 set. 2010.

¹¹⁴ Idem. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Ementa [...]. HC 72.131-1/RJ. Plenário. Paciente: Lairton Almagro Vitoriano da Cunha. Coator: Tribunal de Justiça do Rio e Janeiro. Redator para o Acórdão: Min. Moreira Alves. Brasília, 23 de novembro de 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em: 29 set. 2010.

cláusula fiduciária. 4 – Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição, por esta razão, o art. 7º, n. 7, do Pacto de São José da Costa Rica, (‘ninguém deve ser detido por dívida’: ‘este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar’) deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5º, LXVII, da Constituição. 5 – ‘Habeas-corpus’ conhecido em parte e, nesta parte, indeferido.¹¹⁵

E no julgamento que ora se procede, há uma tendência em atribuir-lhes hierarquia supralegal ou até constitucional, consoante as exigências que o caso requer, exaustivamente abordadas nas manifestações da doutrina e da jurisprudência.¹¹⁶

Por fim, diante de um conflito que envolva tratado de direitos humanos, o STF deve interpretar a convenção e promover o controle de convencionalidade dos atos estatais ou domésticos, para que estes não transgridam as cláusulas daqueles.¹¹⁷

3.3 Voto do Ministro Gilmar Mendes

Com a adesão do Brasil à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, iniciou-se amplo debate sobre a possibilidade de tais diplomas revogarem a expressão “depositário infiel” da parte final do art. 5º, LXVII, da CF/88, o que exige exame sobre a relação hierárquico-constitucional entre os tratados internacionais e a Constituição.¹¹⁸

Vislumbra-se, desde a inserção do art. 5º, § 2º, na CF/88, quatro correntes sobre o *status* normativo dessas convenções, quais sejam: supraconstitucional, constitucional, legal e supralegal.¹¹⁹

Quanto ao *status* supraconstitucional, é preciso estar atento à probabilidade de ampliação inadequada dos possíveis sentidos da “expressão ‘direitos humanos’, que

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Ementa: [...]. HC 73.044-2/SP. Segunda Turma. Paciente: Paulo Sandoval Moreira. Coator: Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 19 março de 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74204>>. Acesso em: 11 out. 2010.

¹¹⁶ Idem. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Ementa [...]. RE 466.343-1/SP. Plenário. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 30 out. 2010.

¹¹⁷ Ibidem.

¹¹⁸ Ibidem.

¹¹⁹ Ibidem.

poderia abrir uma via perigosa para uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna”.¹²⁰

Haveria então dificuldade de sua adequação à realidade dos Estados, dentre eles o Brasil, por conta da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. O controle de constitucionalidade das normas internacionais esbarraria na própria competência do STF. Deve-se também ponderar para as possíveis repercussões de uma declaração de inconstitucionalidade no âmbito do direito internacional.¹²¹

A exemplo disso, outros ordenamentos jurídicos, como os europeus, revelam cautela na apreciação da constitucionalidade de tratados internacionais, consoante posicionamento do Tribunal Constitucional da Espanha no caso Maastricht:

Aunque aquella supremacia quede em todo caso asegurada por la posibilidad de impugnar (arts. 27.2 c, 31 y 32.1 LOTC) o cuestionar (art. 35 LOTC) la constitucionalidad de los tratados una vez que formen parte del ordenamiento interno, es evidente la perturbación que, para la política exterior y las relaciones internacionales del Estado, implicaría la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma pactada.¹²²

Nesse diapasão, sugere-se um controle prévio capaz de impedir ou desaconselhar a ratificação do tratado, permitindo ao Poder Executivo renegociar ou aceitar com reservas as convenções internacionais. Tal controle seria exequível mediante impugnação ao decreto legislativo que aprove o tratado, por meio de ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade.¹²³

Já a estatura constitucional dos tratados restou esvaziada a partir da inclusão do § 3º ao art. 5º da CF/88. Nada obstante esse dispositivo tenha ressaltado o caráter especial das convenções internacionais em relação aos demais tratados, somente as normas aprovadas sob as regras do § 3º terão *status* constitucional. Assim, os tratados internacionais aprovados

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Ementa [...]. RE 466.343-1/SP. Plenário. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 30 out. 2010.

¹²¹ Ibidem.

¹²² Ibidem.

¹²³ Ibidem.

antes dessa inovação e não submetidos àquele novo processo legislativo não podem ser comparados às normas constitucionais.¹²⁴

Outro óbice para se adotar a tese da natureza constitucional das normas convencionais refere-se à circunstância de que a incorporação ampliaria de forma incomensurável o controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico pátrio. Haveria, assim, dificuldade em se adequar a tese da constitucionalidade dos tratados à realidade dos Estados regidos pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre seu ordenamento jurídico, a exemplo do Brasil.¹²⁵

Por conseguinte, haveria o risco de uma pluralização de normas com hierarquia constitucional e da instituição de um quadro de insegurança jurídica, por ter como um dos parâmetros de controle as convenções internacionais. A equiparação poderia levar a situações de supraposição de normas, revogação de normas constitucionais com o advento de tratados, por exemplo. Ademais, poderia haver dificuldade em se saber qual tratado teria a conotação de norma constitucional.¹²⁶

Por essa razão, considera-se positiva a decisão do Congresso de incluir o § 3º ao art. 5º. Assim, o tratado será elevado à hierarquia de norma constitucional quando houver decisão nesse sentido por parte das duas Casas Legislativas.¹²⁷

Contudo, deve-se reconhecer a insuficiência da tese da legalidade até então defendida pela Suprema Corte em relação às convenções já ratificadas pelo Brasil, “diante da abertura, cada vez maior, do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção dos direitos humanos”, considerando também a tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de valorizar as normas internacionais concernentes aos direitos

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Ementa [...]. RE 466.343-1/SP. Plenário. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 30 out. 2010.

¹²⁵ Ibidem.

¹²⁶ Ibidem.

¹²⁷ Ibidem.

humanos. Resta, pois, defasada a tese da legalidade, por conta das exigências de cooperação, boa-fé e estabilidade do atual cenário internacional.¹²⁸ Ressalte-se que:

A reforma acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico. [...] Tudo indica, portanto que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sombra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente. [...] parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. [...] Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.¹²⁹

Diante disso, deve prevalecer a tese da supralegalidade das convenções internacionais de direitos humanos aprovadas sem observância das regras do § 3º do art. 5º, anteriores ou posteriores à EC nº 45/04, com fundamento na tese do atual “Estado Constitucional Cooperativo” – que Peter Häberle identifica como o que não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas para uma comunidade de Estados, tendo como um de seus elementos principais os direitos humanos e fundamentais.¹³⁰

Essa vertente foi inicialmente defendida pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do RHC nº 70.785-RJ, no âmbito do STF, em maio de 2000, embora vencida. Divorciando-se da tese majoritária da Suprema Corte de paridade entre tratados internacionais de direitos humanos e lei ordinária, assim se pronunciou o magistrado:

Parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5, § 2º, da Constituição seria esvaziar de muito do seu sentido útil à inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização de direitos humanos. Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim – aproximando-me, creio, da linha desenvolvida no Brasil por Cançado Trindade [...] e pela ilustrada Flávia Piovesan [...] – a aceitar a outorga de força supralegal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes.¹³¹

¹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Ementa [...]. RE 466.343-1/SP. Plenário. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 30 out. 2010.

¹²⁹ Ibidem.

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Op. cit.

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Ementa [...]. RE 466.343-1/SP. Plenário. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília,

Deve-se estar atento ao fato de que a tese da legalidade, ao permitir o descumprimento unilateral de um acordo internacional, viola princípio da Convenção de Viena, de 1969, sobre o Direito dos Tratados, que estabelece que o Estado pactuante não “pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Embora tal convenção não tenha ainda sido ratificada pelo Brasil, ela estabeleceu princípios exigidos como costume internacional.¹³²

Mesmo antes da adesão do Brasil à Convenção Americana dos Direitos Humanos e ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, não era mais admissível a prisão do devedor-fiduciante por dois motivos que contrariavam a Constituição. Primeiramente, porque constitui violação ao princípio da reserva legal a equiparação do devedor-fiduciante ao depositário, por meio de ficção jurídica, qual seja o Decreto-Lei nº 911/69.¹³³

A esse respeito, há decisões do STJ que consideram que restará reduzida a garantia constitucional da liberdade se a lei ordinária equiparar situações diversas à do depositário infiel para possibilitar a prisão civil.¹³⁴

Quanto ao segundo motivo, o ordenamento jurídico já previa outros meios executórios para garantir o adimplemento do crédito, especialmente o Decreto-Lei nº 911/69. A prisão civil é medida executória extrema, que deixa de observar ao exame da proporcionalidade como proibição de excesso, que exige restrições legais adequadas, necessárias e proporcionais. Tal medida coercitiva só é concebível diante da realização de outros valores que necessitam de maior proteção, como a assistência familiar a ser dada pelo devedor de alimentos. Assim, diante da ponderação entre a liberdade individual do fiduciante e o direito creditório do fiduciário, deve prevalecer aquela.¹³⁵

Com isso e seguindo experiências do direito comparado – Constituições da Alemanha, França, Grécia e Reino Unido –, deve-se adotar a tese da supralegalidade de tais

3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 30 out. 2010.

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Ementa [...]. RE 466.343-1/SP. Plenário. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 30 out. 2010.

¹³³ Ibidem.

¹³⁴ Ibidem.

¹³⁵ Ibidem.

tratados. Estes se constituem em normas que não podem afrontar a Constituição, mas que têm lugar especial reservado no direito pátrio.¹³⁶

Em face da internalização daquelas convenções no ordenamento jurídico, com seu inequívoco caráter especial, restará paralisada a eficácia jurídica das normas infraconstitucionais com elas conflitantes, sejam estas anteriores ou posteriores ao ato de ratificação. Assim, a Constituição deixará de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, sem que as convenções internacionais revoguem a Lei Fundamental.¹³⁷

A nova posição do STF acerca dos tratados de direitos humanos retrata as mutações que as normas podem sofrer advindas do processo de interpretação da Constituição e de todo o complexo normativo nela fundado. Assim, a exegese judicial deve adequar a própria Lei Fundamental às novas e cambiantes realidades que caracterizam a sociedade contemporânea, sequer existentes ou previstas no momento da concepção das normas.¹³⁸

3.4 Voto do Ministro Menezes Direito

Sem se filiar a nenhuma das teorias doutrinárias acerca das relações entre o direito interno e o direito internacional, importa destacar a marcha ascendente do fortalecimento do direito internacional e a dificuldade em se encontrar um equilíbrio em que seja possível a convivência deste com as normas do ordenamento jurídico pátrio.¹³⁹

Há uma tendência da atuação direta do direito internacional em detrimento do direito interno, cuja finalidade é “mobilizar o mundo para a edificação da comunidade internacional, forjada na luta pelo respeito à dignidade da pessoa humana e à independência das nações, em termos de universalização”, no sentido de elevar a interdependência entre as nações, mas mantendo-se suas características nacionais. “De mais a mais, não há como confundir tal processo com a perda da independência ao plano da convivência e isto porque o

¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Ementa [...]. RE 466.343-1/SP. Plenário. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 30 out. 2010.

¹³⁷ Ibidem.

¹³⁸ Ibidem.

¹³⁹ Idem. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Ementa [...]. HC 87.585-8/TO. Plenário. Paciente: Alberto de Ribamar Ramos Costa. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 30 out. 2010.

Direito Internacional é decisivo para que a comunidade internacional passe da coexistência à convivência”.¹⁴⁰

Não se deve mais conceber a forma como o Estado tratava seus nacionais, como problema de jurisdição interna, em face da soberania. Com isso, fortalece-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos não se deve reduzir ao Estado internamente, por revelar tema de legítimo interesse internacional. Essa concepção, consoante os ensinamentos de Flávia Piovesan, traz como consequências:

- a) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos; isto é, permitem-se formas de monitoramento e responsabilização internacional, quando os direitos humanos forem violados;
- b) a cristalização da ideia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direito.¹⁴¹

É preciso reconhecer nesses direitos uma natureza supra-estatal, sendo independentes de reconhecimento no plano do direito interno, o qual deve apenas declará-los, consoante os ensinamentos de Pontes de Miranda. Tais direitos seriam pré-existentes em relação ao direito interno e estariam na dimensão da humanidade, que ultrapassa por definição a regência doméstica. Tanto o homem como os seus direitos não estariam limitados ao estado nacional. A destinação do direito internacional é a proteção do homem, onde quer que ele se encontre.¹⁴²

Com relação ao § 2º do art. 5º, vale consignar que a vontade do constituinte não deve ser amparada no que Bidart Campos nomeou bloco de constitucionalidade, alçando os atos internacionais a um *status* constitucional. Apesar de tal solução ter amparo na teoria de que os direitos humanos são imanentes à natureza humana, isso poderia trazer obstáculos insuperáveis, a exemplo do controle de constitucionalidade das espécies normativas internacionais. Embora por um lado não se possa negar o conteúdo materialmente

¹⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Ementa [...]. HC 87.585-8/TO. Plenário. Paciente: Alberto de Ribamar Ramos Costa. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 30 out. 2010.

¹⁴¹ Ibidem.

¹⁴² Ibidem.

constitucional dos atos internacionais, por outro não há como desconsiderar “a força da disciplina positiva do constituinte originário ou derivado”.¹⁴³

Dessa forma, considera-se inviável equiparar as convenções internacionais às normas constitucionais, mas é impossível retomar ao regime anterior da paridade delas com as leis ordinárias. Assim, os tratados ocupariam lugar especial no ordenamento jurídico, conferindo força normativa a esses atos internacionais, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.¹⁴⁴

3.5 Votos dos demais ministros

Os demais ministros presentes à sessão que decidiu pela mudança de posicionamento quanto à estatura dos diplomas internacionais de direitos humanos, a saber: Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Marco Aurélio, Eros Grau e Elen Gracie, pautaram-se de forma concisa sobre os precedentes, reforçando os argumentos já apresentados pelos magistrados que os antecederam, tendo os dois últimos defendido a tese da constitucionalidade dos referidos tratados. Dessa forma, neste estudo somente será apresentada a manifestação do Ministro Marco Aurélio, por ser o relator do HC 87.585-8/TO, consoante destacado a seguir.

Deve-se reconhecer a força normativa das normas internacionais de direitos humanos ao menos como normas supraleais, que, por conseguinte, recusariam vigência às normas infraconstitucionais com aquelas incompatíveis. Embora o controle de constitucionalidade das convenções internacionais de direitos humanos possa trazer insegurança jurídica, o mesmo poderá ocorrer com julgamentos decididos caso a caso, especialmente entre as partes. Os magistrados não devem ficar “a cada dia a sua agonia”.¹⁴⁵

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Ementa [...]. HC 87.585-8/TO. Plenário. Paciente: Alberto de Ribamar Ramos Costa. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 30 out. 2010.

¹⁴⁴ Ibidem.

¹⁴⁵ Ibidem.

Ademais, configura desarrazoada a ficção jurídica que equipara o devedor fiduciante ao depositário infiel e é inadmissível o decreto de prisão civil do depositário, que resulta em total desrespeito aos direitos humanos.¹⁴⁶

3.6 Análise crítica dos precedentes

Sob a perspectiva da incorporação dos diplomas internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio, adota-se a teoria dualista, *ex vi legis* - arts. 84, VIII, e 49, I, da CF/88. Hodiernamente importa definir as formas de internalização dos tratados no direito interno, dada a dinâmica que envolve as relações internacionais, passando os diplomas internacionais a integrar o direito interno e deixando de ter relevância as históricas controvérsias entre as teorias monista e dualista, no que diz respeito às antinomias entre o direito interno e o internacional.

Quanto aos acórdãos prolatados pelo STF no julgamento dos recursos extraordinários e do *writ* referidos, observa-se que não se pôs termo ao debate em torno da questão colocada para reflexão. A maioria dos ministros acompanhou a tese defendida pelo Ministro Cesar Peluso quanto ao caso concreto, de forma tangencial, isto é, abordando os institutos do depositário infiel e do alienante fiduciário.

O pano de fundo da controvérsia discutida no âmbito do STF e posta nos recursos e no *writ* não envolve apenas os valores constitucionais concernentes à proteção à liberdade e ao direito patrimonial, assim como a possibilidade de norma infraconstitucional estender exceção a garantia constitucional por meio de ficção jurídica. Diz respeito, sobretudo, aos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, ao fenômeno da internacionalização dos direitos.

Neste item, será, pois, feita abordagem crítica da solução dada para o problema desses precedentes, no que concerne ao objeto desta pesquisa, destacando-se os argumentos da doutrina e da jurisprudência acerca da posição hierárquico-normativa das convenções internacionais de direitos humanos no direito interno brasileiro.

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Ementa [...]. HC 87.585-8/TO. Plenário. Paciente: Alberto de Ribamar Ramos Costa. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 30 out. 2010.

3.6.1 *Tese Supraconstitucional*

Pela estatura supraconstitucional, abandonada há décadas pelo STF, considera-se que o direito internacional pressupõe a existência da “sociedade das nações” e que o conjunto do mundo constitui, assim, uma única sociedade ou comunidade. Destarte, o direito internacional seria superior ao Estado e teria supremacia sobre as normas internas, porque derivaria de um princípio superior à vontade dos Estados.¹⁴⁷

Assim, as normas constitucionais não teriam poderes revogatórios em relação às convenções internacionais. Sequer uma emenda constitucional teria o condão de suprimir a norma de direito internacional de que o Estado fosse signatário, no que concerne aos direitos humanos.¹⁴⁸

Haveria “direitos supraestatais cuja observância independe de revelação em norma constitucional ou infraconstitucional”. Isso resultaria do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem: “uma lei maior de natureza ética, cuja observância independe do direito positivo de cada Estado. O fundamento dessa lei é o respeito à dignidade da pessoa humana. Ela é a fonte das fontes do direito.”¹⁴⁹

Para o Ministro Gilmar Mendes a adoção dessa posição hierárquico-normativa esbarraria nos limites do controle de constitucionalidade das normas e, por conseguinte, na competência do STF. Alerta-se também para as possíveis repercussões internacionais que poderiam advir de uma declaração de inconstitucionalidade de tratado de direitos humanos devidamente pactuado e em vigor.

Hodiernamente, esta é a tese menos defendida tanto na doutrina quanto na jurisprudência interna. Além disso, não foram encontrados registros de países que adotam tal corrente. Ela também distancia-se dos parâmetros esgrimidos ao longo deste estudo. Diante disso, esta análise focou-se nas demais vertentes.

¹⁴⁷ ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 223.

¹⁴⁸ Apud TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 25.

¹⁴⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 60.

3.6.2 Tese legal

Merecem aplausos os acórdãos prolatados pelo STF aos recursos extraordinários e ao HC, que resultaram no abandono da tese de que os diplomas normativos de caráter internacional adentrariam o ordenamento jurídico interno no patamar da legislação ordinária, jurisprudência tradicionalmente firmada naquela Corte.

Por essa clássica posição do STF, em caso de antinomias, deveria prevalecer a norma mais recente sobre a mais antiga – princípio da *lex posterior derogat priori*.

A Suprema Corte justificava o *status* legal aos tratados internacionais de direitos humanos em face do controle de constitucionalidade, previsto no art. 102, III, “b”, da CF/88, que confere ao STF a competência para julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

Admitir que tais tratados poderiam ingressar no ordenamento jurídico pátrio como norma constitucional seria entender que um decreto legislativo poderia alterar a Constituição, desprezando-se a rigidez das normas constitucionais e deixando-se de aplicar os princípios do art. 60 e parágrafos, regra de imutabilidade implícita. Ademais, é preciso estar atento à possibilidade de os signatários do tratado poderem denunciá-lo, tendo este ingressado no direito interno brasileiro como norma constitucional, tornando-se cláusula pétrea. Diante desses argumentos, defende-se a tese legal dos tratados internacionais de direitos humanos.¹⁵⁰

As normas constitucionais teriam supremacia sobre as demais e seria plenamente possível o controle de constitucionalidade daqueles tratados, por serem considerados normas legais.¹⁵¹

Contudo, equiparar aqueles diplomas internacionais à legislação infraconstitucional acaba por desprezar o caráter especial dos direitos humanos, num apego que não se justifica. Destarte, o rompimento do STF com a estatura legal dos tratados de direitos humanos corresponde a um salto no processo evolutivo para a consagração do valor

¹⁵⁰ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 182 e 183.

¹⁵¹ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 313.

que aqueles diplomas internacionais requerem, devendo estar acima da soberania de qualquer país que ouse violá-los. Representa ainda um movimento progressivo que possibilitará ao ordenamento jurídico pátrio acompanhar os avanços da globalização, abrindo-se a ordens jurídicas supranacionais para dar a efetiva tutela àqueles direitos.

3.6.3 *Tese supralegal*

Apesar dos argumentos favoráveis à estatura constitucional apresentados nos precedentes, tanto o Ministro Gilmar Mendes quanto o Ministro Menezes Direito, abordando as repercussões que poderiam advir da atribuição de nível hierárquico-constitucional àqueles diplomas normativos, sobretudo referentes ao controle de constitucionalidade, preferiram aderir à tese da supralegalidade, pela qual seriam os diplomas internacionais normas infraconstitucionais, figurando acima das leis, mas abaixo da Constituição.

Ademais, com subterfúgio no advento da inovação trazida pelo constituinte derivado ao art. 5º da CF/88, por meio da EC 45/04, esses magistrados ainda consignaram que somente os tratados aprovados sob as regras do novo dispositivo poderiam ser considerados constitucionais.

O fato de se atribuir *status* supralegal às convenções de direitos humanos não resultará na criação de nova espécie normativa a se somar às do art. 59 da CF/88, mas de atribuir uma eficácia específica àqueles tratados.¹⁵²

Mister reconhecer que é possível evoluir ainda mais nessa problemática, apesar de ser tema complexo e instigante, cujos avanços envolvem riscos e incertezas, especialmente pelas implicações que as interações entre direito interno e internacional dos direitos humanos produzem no que diz respeito à soberania nacional, à supremacia da Constituição e ao controle de constitucionalidade.

Assim, e a par de acompanhar as nuances decorrentes das evoluções da sociedade globalizada, é preciso revisitar conceitos e teorias do Estado Constitucional clássico, que restaram insuficientes para uma efetiva tutela dos direitos humanos.

¹⁵² Apud DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (Coord.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo*. Renovar, 2008, p. 185-208.

A soberania não deve ser vista como blindagem para as dificuldades encontradas na concretização da proteção dos direitos humanos nos diversos Estados. Quanto à pragmática concernente ao controle de constitucionalidade, quiçá possam ser encontradas soluções no direito comparado e nas decisões das Cortes Constitucionais de outros países.¹⁵³ Ademais, não se deve valer-se da supremacia da Constituição como escudo capaz de relegar um tratado de direitos humanos devidamente pactuado e em vigor, num mundo de relações internacionais cada vez mais emergentes, que deve efetivamente reconhecer a força normativa daqueles direitos.

Todavia, há que se estar atento para os problemas que podem sobrevir diante da adoção da tese da supralegalidade. Nesse sentido, ressalte-se que o Ministro Gilmar Mendes defendeu com veemência que o direito internacional paralisaria a eficácia das normas regulamentadoras da Carta Magna sem revogá-las. Essa tese restará insuficiente se houver norma constitucional ainda não regulamentada, como as que vêm sendo estudadas por Comissão Especial criada no âmbito da Câmara dos Deputados, após inúmeros mandados de injunção remetidos pelo Supremo Tribunal Federal. Neste caso, os magistrados ficarão “cada dia à sua agonia”, como se referiu o Ministro Marco Aurélio, gerando insegurança jurídica no âmbito do Poder Judiciário e entre as partes.

Ressalte-se que a ação dos atores (governo, legisladores, magistrados e demais agentes públicos) deve ser pautada na perspectiva objetiva dos direitos humanos. Assim, a indefinição não pode levar à violação do conteúdo de tais direitos. Ao contrário, deve haver uma tomada de decisão que leve em consideração a proteção desses direitos, colocando em prática a eficácia entre terceiros e, especialmente, a eficácia irradiante das normas fundamentais.¹⁵⁴

Outro aspecto a ser considerado diz respeito à competência para julgar recursos relativos a norma supralegal em última instância. Isso porque, prequestionada matéria concernente a antinomia entre tratado internacional de direitos humanos e norma de direito interno nas instâncias ordinárias, o STJ, por força do art. 105, II, “a”, CF/88, teria a

¹⁵³ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Tensões entre o direito constitucional e o direito internacional: uma necessária revisitação do conceito de soberania.** Disponível em: <http://xa.yimg.com/kq/groups/16137920/241789695/name/Tens%C3%B5es+entre+o+Direito+Constitucional+e+o+Direito+InternacionalChristinePeter.doc> Acesso em: 4 abr.11.

¹⁵⁴ GONTIJO, André Pires. **O Supremo Tribunal Federal perante o fenômeno da internacionalização dos direitos & as condições de possibilidade do desenvolvimento do processo de “constitucionalização” no âmbito internacional.** Obra não publicada.

competência para decidir o litígio, considerando que norma supralegal é infraconstitucional. Com isso, o STF restaria alijado desse julgamento, não obstante serem tais convenções normas de direitos humanos, de força normativa constitucional. Assim, o próprio STF, guardião da Constituição Federal, teria abdicado de sua competência para julgar conflitos que envolvam normas constitucionais.

3.6.4 *Tese constitucional*

Quanto ao *status* constitucional das convenções internacionais de direitos humanos, sustentado principalmente pelo Ministro Celso de Mello, pôde-se perceber que até mesmo defensores da tese da supralegalidade concordaram com a materialidade constitucional dos direitos consagrados naqueles tratados.

A CF/88 aderiu à tendência do constitucionalismo contemporâneo de dispensar tratamento privilegiado a esses tratados, disposição esta que é sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central.¹⁵⁵ Assim, o art. 5º, § 2º confere *status* constitucional às convenções internacionais. Vale frisar que:

Desde a promulgação da atual Constituição, a normativa dos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte tem efetivamente nível constitucional, e entendimento em contrário requer demonstração. A tese da equiparação dos tratados de direitos humanos à legislação infraconstitucional – tal como ainda seguida por alguns setores em nossa prática judiciária, - não só representa um apego sem reflexão a uma tese anacrônica, já abandonada em alguns países, mas também contraria o disposto no artigo 5 (2) da Constituição Federal Brasileira.¹⁵⁶

A natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos também decorre de interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional, sobretudo “da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional”. Dessa forma,

¹⁵⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado internacional dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 2003, vol. I, p. 542-545.

¹⁵⁶ Apud GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 271.

a Lei Maior não traz um rol taxativo de direitos fundamentais. O art. 5º, § 2º, possui caráter aberto de cláusula constitucional.¹⁵⁷

A esse respeito, é preciso ponderar que:

O Poder Constituinte soberano criador de Constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado. A abertura ao Direito Internacional exige a observância de princípios materiais de política e direito internacional tendencialmente informadores do Direito interno. Nesse raciocínio, a abertura à normação internacional passa a ser elemento caracterizador da ordem constitucional contemporânea.¹⁵⁸

Os tratados de direitos humanos então servem para integrar e complementar o catálogo de direitos já previstos na CF/88, em consonância com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, consoante a lição de Konrad Hesse e Gomes Canotilho, pelo qual deve-se atribuir às normas constitucionais o sentido que mais lhe dê eficácia, sobretudo as que se referem aos direitos e garantias individuais. Com isso, estende-se aos direitos fundamentais constantes dos tratados internacionais força jurídica equivalente aos direitos do catálogo.¹⁵⁹

O § 3º do art. 5º, por sua vez, reforça a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, bem como a existência de um regime jurídico misto que os separa dos tratados tradicionais de cunho comercial. Ao reconhecer tal natureza, o § 3º permite atribuir o *status* de norma formalmente constitucional àquelas convenções internacionais, uma vez obedecido o rito estabelecido no dispositivo. Os tratados assim aprovados serão então formal e materialmente constitucionais e equiparados às emendas constitucionais.¹⁶⁰

No âmbito do STF, o Ministro Carlos Velloso era o único que vinha posicionando-se a favor da tese constitucional daqueles tratados. Para ele, os direitos humanos consagrados nas convenções internacionais seriam auto-aplicáveis (*self-executing*), prescindindo de leis assecuratórias de suas normas. Tal posição foi sustentada em voto

¹⁵⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2010, p. 52 e 56.

¹⁵⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 1217.

¹⁵⁹ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 59.

¹⁶⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2010, p. 52 e 56.

proferido por ele em 4/9/97, no julgamento do pedido de Medida Cautelar na ADI n. 1480, sobre a constitucionalidade da Convenção n. 159 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). O Ministro também defendeu o caráter constitucional dos tratados na decisão no RE n. 206.482, concernente à possibilidade da existência da prisão civil do depositário infiel em razão do Pacto de São José da Costa Rica.

Indubitavelmente o *status* constitucional daquelas convenções assegurará tutela mais efetiva à proteção dos direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio. Por isso, deve ser aplaudida a inserção do §3º ao art. 5º da CF/88, que irá reforçar essa garantia, mesmo que tais direitos já sejam materialmente constitucionais.

Cabe frisar, contudo, que, ao acolher a estatura supralegal, o Ministro Gilmar Mendes parece ter sinalizado para a necessidade de se ter bases mais sólidas para se conferir *status* constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, com a transmutação do atual Estado Constitucional Contemporâneo para o que Peter Häberle nomeou Estado Constitucional Cooperativo.

Desenvolver um direito constitucional comum demandará a soma de esforços das comunidades científicas e jurídicas de todos os Estados. Dada a diversidade cultural e o estágio de desenvolvimento econômico, político e social de cada país, além de outros problemas de ordem interna, poderá ser lento o amadurecimento para a sua efetivação no plano do direito nacional.

Para viabilizar a constituição desse novo Estado Constitucional, sugere-se um modelo de concretização da Constituição que considere os aportes das decisões das Cortes Constitucionais de outros países, bem como a busca por fórmulas de ressonância das decisões das Cortes Internacionais no plano interno.¹⁶¹ Tais medidas poderiam impedir que a proposta de Häberle não redundasse em um ideal que fique só na teoria, como a ordem jurídica universal proposta por Kelsen.

¹⁶¹ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Tensões entre o direito constitucional e o direito internacional:** uma necessária revisão do conceito de soberania. Disponível em: <http://xa.yimg.com/kq/groups/16137920/241789695/name/Tens%C3%B5es+entre+o+Direito+Constitucional+e+o+Direito+InternacionalChristinePeter.doc> Acesso em: 4 abr.11.

A Suprema Corte deve contribuir para a interatividade com a complexidade do sistema jurídico internacional e se apresentar como jurisdição constitucional aberta. Por conseguinte, importa que o STF sirva de filtro para a internacionalização dos direitos, por meio da revelação e do desenvolvimento dos valores constitucionais, via processo de constitucionalização. Essa importante função irá assegurar a concretização do postulado da dignidade da pessoa humana, por meio da identificação e construção de valores comuns na proteção dos direitos humanos.¹⁶²

Em face do exposto, embora a atuação do STF não esteja distanciada da interação com a internacionalização dos direitos, é preciso evoluir ainda mais, a fim de garantir maior proteção, no plano do direito interno, aos direitos humanos consagrados mundialmente, por meio da abertura constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção desses direitos, o que permitirá acompanhar as nuances da globalização.

¹⁶² GONTIJO, André Pires. **O Supremo Tribunal Federal perante o fenômeno da internacionalização dos direitos & as condições de possibilidade do desenvolvimento do processo de “constitucionalização” no âmbito internacional.** Obra não publicada.

CONCLUSÃO

Consoante a linha do constitucionalismo contemporâneo, o Estado brasileiro, embora a passos largos, tem envidado esforços no sentido de dar tutela mais efetiva à proteção dos direitos humanos, tendência esboçada na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Esse processo foi basicamente iniciado após o período de exceção democrática, com a promulgação da CF/88, que trouxe como princípios fundamentais a prevalência dos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana, que se desdobra nos direitos e garantias fundamentais previstos no art. 5º.

Somando-se a isso, o Brasil aderiu à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos em 1992. Já em 2004, inseriu o § 3º ao art. 5º da CF/88 para dar equivalência de emenda constitucional aos tratados de direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional por três quintos dos votos dos parlamentares de cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos de votação. Embora despidianda a inovação trazida pela EC nº 45/04, por serem os direitos humanos, por natureza, normas materialmente constitucionais, a positivação virá reforçar o caráter especial de tais direitos.

A mais recente movimentação nesse processo evolutivo foi a decisão do STF de atribuir posição hierárquico-normativa supralegal às convenções internacionais de direitos humanos, manifestada nos REs nº 466.343-1/SP e 349.703-1/RS e no HC nº 87.585-8/TO. Dado o caráter especial desses tratados, decorrente da sua natureza temática, a sua internalização teria o condão de paralisar a eficácia jurídica das normas infraconstitucionais com eles conflitantes, mas tais convenções continuariam a ser submetidas à supremacia constitucional, divorciando-se da vertente até então adotada pela Suprema Corte de atribuir paridade entre as convenções internacionais de direitos humanos e as normas legais.

Ademais, diante da alteração constitucional trazida pela Reforma do Judiciário, o entendimento do STF é de que os tratados internacionais de direitos humanos poderão ter *status* constitucional, mas somente se aprovados por três quintos dos votos dos

parlamentares de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, em cada uma delas.

Ressalte-se que os magistrados poderiam ter avançado ainda mais e reconhecido a força normativa dos direitos humanos a todos os tratados internacionais de direitos humanos, aprovados ou não sob as regras do §3º do art. 5º da CF/88, até porque o Brasil já se insere em um contexto de ordem comunitária de tais direitos, a exemplo das Convenções a que aderiu em 1992.

Destaque-se, ainda, que o entendimento de boa parte da doutrina, esboçado ao longo deste estudo, é de que o §2º do art. 5º já garante o *status* constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, por serem estas normas materialmente constitucionais. Assim, o referido §3º apenas irá positivizar no ordenamento jurídico pátrio normas que, por seu conteúdo, já são constitucionais.

Considerar constitucionais somente os tratados aprovados sob as regras do § 3º do art. 5º revela-se um pretexto que ignora neste momento a força normativa constitucional dos direitos consagrados naqueles tratados. Em razão da ineficiência dos conceitos do Estado Constitucional clássico, tendo a soberania estatal como escudo, o atual entendimento do STF inevitavelmente terá de ser revisto. A eficácia interna dos direitos fundamentais consagrados em diplomas internacionais constitui elemento essencial para a concretização de um direito constitucional comum.

Importa também encontrar meios eficientes para que o direito interno possa acompanhar as evoluções da sociedade globalizada, a exemplo da busca de experiências na jurisprudência e na doutrina internacional acerca da conciliação entre o Estado Constitucional Cooperativo e as diversas intercorrências que dele advenham, notadamente no que se refere ao controle de constitucionalidade das convenções internacionais de direitos humanos.

Indubitavelmente a questão posta para reflexão ainda será objeto de novos debates. A construção de um direito constitucional comum requer esforços grandiosos de todas as comunidades, considerando-se suas especificidades e estágios de evolução política, social e econômica. Contudo, não se pode perder de vista um ideal que, embora possa parecer inatingível, resultará no efetivo respeito aos direitos fundamentais do ser humano.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

ARIOSI, Mariângela F. As relações entre o direito Internacional e o direito interno. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 498, 17 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5940>>. Acesso em: 6 mar. 11.

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA.pt. Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art16>>. Acesso em: 02 set. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 31 ago. 2010.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil, Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 10 abr. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Ementa [...]. ADI 1625/DF. Plenário. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura – CONTAG e outro. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Maurício Corrêa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1625&processo=1625>>. Acesso em: 28 out. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Ementa [...]. HC 72.131-1/RJ. Plenário. Paciente: Lairton Almagro Vitoriano da Cunha. Coator: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Redator para o Acórdão: Min. Moreira Alves. Brasília, 23 de novembro de 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em: 29 set. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Ementa [...]. HC 73.044-2/SP. Segunda Turma. Paciente: Paulo Sandoval Moreira. Coator: Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 19 março de 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74204>>. Acesso em: 11 out. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Ementa [...]. HC 87.585-8/TO. Plenário. Paciente: Alberto de Ribamar Ramos Costa. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 30 out. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Ementa [...]. RE 80.004/SE. Plenário. Recorrente: Belmiro da Silveira Goes. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Relator do Acórdão: Min. Cunha Peixoto. Brasília, 01 de junho de 1977. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 25 set. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Ementa [...]. RE 349.703-1/RS. Plenário. Recorrente: Banco Itaú S/A. Recorrido: Armando Luiz Segabinazzi. Relator originário: Min. Carlos Britto. Relator para o Acórdão: Min. Gilmar Mendes (Art. 34, IV, b, do RISTF). Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>. Acesso em: 12 nov. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Ementa [...]. RE 466.343-1/SP. Plenário. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 30 out. 2010.

BRAUN, Helenice da Aparecida Dambrós. **O Brasil e os direitos humanos: a incorporação dos tratados em questão**. Ijuí/RS: Unijuí, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

_____. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (Coord.). **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRAGA, Mirtô. **O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados internacionais de direitos humanos e Constituição brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GARCEZ, Jose Maria Rossani. **Curso de direito internacional privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GONTIJO, André Pires. **O Supremo Tribunal Federal perante o fenômeno da internacionalização dos direitos & as condições de possibilidade do desenvolvimento do processo de “constitucionalização” no âmbito internacional**. Obra não publicada.

HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Tradução de: Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

KELSEN, Hans. **Princípios do direito internacional**. Tradução de: Ulrich Dressel e Gilmar Antonio Bedin. Ijuí/RS: Unijuí, 2010.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução de: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: M. Fontes, 2009.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. Barueri, SP: Manole, 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Direitos humanos e cidadania: à luz do novo direito internacional**. Campinas: Minelli, 2002.

_____. **Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira**. São Paulo: J. de Oliveira, 2002.

_____. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. **Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência**, v. 32, n. 98, p. 303-331, jun. 2005.

_____. Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e sua incorporação no ordenamento brasileiro. **Doutrina Adcoas**, v. 5, n. 3, p. 88-106, mar. 2002.

_____. Reforma do Judiciário e direitos humanos. **Tribuna do Direito**, São Paulo, ano 12, n. 142, fev. 2005.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, vol. 1.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil**. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfAgenda_pt_br/anexo/Homenagem_a_Peter_Haberle__Pronunciamento__3_1.pdf>. Acesso em: 28 mar. 11.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atua. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição portuguesa anotada**. Coimbra Editora, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Estado constitucional cooperativo**: o futuro do Estado e da interpretação constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Christine_rev72.htm>. Acesso em: 4 abr. 11.

_____. **Tensões entre o direito constitucional e o direito internacional**: uma necessária revisitação do conceito de soberania. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/16137920/241789695/name/Tens%C3%B5es+entre+o+Direito+Constitucional+e+o+Direito+InternacionalChristinePeter.doc>> Acesso em: 4 abr. 2011.

SILVA, Luciano Nascimento. A Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal e os tratados internacionais: estudo sobre o direito dos tratados e o direito constitucional brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 61, 1 jan. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4785>>. Acesso em: 3 mar. 2011.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCON, Pietro de Jesús Lora (Coord.). **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997)**: as primeiras cinco décadas. 2. ed. Brasília: UnB, 2000.

_____. **Tratado internacional dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003, vol. I

WEIS, Carlos. **Os direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999

ZISMAN, Célia Rosenthal. Os direitos fundamentais e os direitos humanos: a fundamentalidade formal e a fundamentalidade material. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, a. 17, n. 67, p. 32-51, abr./jun. 2009.